Die Besitzstörung
im römischen, im gemeinen und im bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Paul Fritz Kothé,
Referendar in Schwerin i. Mecklb.

ACAD. LEGUM BAT. BIBL.

Schwerin i. M.
Buchdruckerei von Wilh. Sengebusch.
1910.

Referent: Herr Professor Dr. **Matthiass.**

Meiner lieben Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

A. Erster Teil: Römisches Recht.

§ 2. Allgemeines 2
§ 3. Die Entstehungszeit des interdictum uti possidetis 3—4
1. Äußere Gründe sprechen für die Zeit des Legisaktionenprozesses 3
2. Innere Gründe sprechen für die Zeit des Legisaktionenprozesses 4
§ 4. Der Entstehungsgrund des interdictum uti possidetis 5—14
1. Das i. u. p. eingeführt zum Zweck der Parteirollenregulierung für einen nachfolgenden Eigentumsprozeß . . . . . 5—8
a) Gründe hierfür (Quellenstellen) 5
b) Würdigung derselben 6
c) Gründe dagegen 7
d) Resultat: Ablehnung dieser Ansicht . . . 8
2. Das i. u. p. eingeführt zum Schutze der possessio am ager publicus . . . . . 8—13
a) Gründe hierfür (Quellenstellen) . . . . . 9—10
b) Widerlegung derselben 11
c) Weitere Gründe dagegen . . . . . 11—13
d) Resultat: Ablehnung auch dieser Ansicht . 13
3. Das i. u. p. eingeführt aus dem praktischen Bedürfnis, den Besitz zu schützen . . . . . 13—14
a) Darstellung der geschichtlichen Entwicklung
α) Allmähliche Unzulänglichkeit der Sakramentsvindikation 13
β) Schutzbedürftigkeit gewisser tatsächlicher Verhältnisse 14
b) Resultat: Annahme dieser Ansicht 14

Seite

§ 5. Der Wortlaut des i. u. p. und seine Bedeutung . 14—17
1. Die Formeln des
a) Ulpian,
b) Festus,
c) Gaius 15
2. Die Bedeutung der Formel im prätorischen Edikt 16
3. Die Bedeutung des im Einzelfalle erlassenen prätorischen Verbots 17
§ 6. Aktiv- und Passivlegitimation beim i. u. p. . . . 17—19
1. Impetrant: qui possidet oder a quo adversarius injuste possidet 17
2. Impetrat: jede beliebige Person, ohne besondere rechtlich notwendige Veranlassung . . . . . 17—19
a) Gründe hiergegen (Karlowa, Bruns) . . . 17
b) Gründe dafür:
α) man kann auch sonst jeden Beliebigen verklagen 18
β) die Forderung von Bruns und Karlowa führt zu absurden Resultaten 18
γ) insbes. würde damit eine Beweiserhebung über die Voraussetzungen des i. u. p. vor Erlaß desselben nötig sein, was sicher nicht geschehen ist 19
c) Rein tatsächlich wird allerdings eine Veranlassung vorgelegen haben 19
§ 7. Das Verfahren aus dem interdictum redditum . . 19—22
1. Die Darstellung bei Gaius IV § 166—170 . . 19—20
2. Kurze Besprechung des Verfahrens ex interdicto primario 21
3. Das interdictum secundarium 22
a) Das secundarium prohibitorium und restitutorium 22
b) Das i. sec. prohibitorium als reine Besitzstörungsklage 22
§ 8. Vis realis oder vis ex conventu? . . . . . 23—29
1. Gründe für eine vis ex conventu:
a) formelle Gründe:
α) Unmittelbarer Zusammenhang der cetera ex interdicto . . . . . 23—24
β) Dernburgs Vergleich des i. u. p. mit der legis actio sacramento 24
b) materielle Gründe:
α) die vis adversus edictum als Prozeßgeschäft 25
β) die interd. secundaria als Zwangsmittel für die Vornahme der cetera ex interdicto 26
γ) die deductio quae moribus fit 27

Seite

2. Gründe für eine vis realis:
   a) Cicero pro Caecina 16,45 28
   b) Die Ernstgemeintheit der sponsiones . . . 28
   c) Erklärung für die Doppelsponsionen . . . 28—29
   d) Nichtbezeugte Sonderstellung des i. u. p. unter den prohibitorischen Interdikten (Gaius IV, 140, 141) 29

§ 9. Die vis als Besitzstörung im Sinne des i. u. p. . 30—42
1. Allgemeines (l 11 D. de vi 43, 16) 30
2. Kontroversen aus D. 43, 17 . . . . . 31—42
   a) Nur positive Handlungen oder auch dauernde Vorrichtungen und Anstalten? . . . . . 31—34
      α) vim fieri veto 31
      β) l 3 §§ 4, 5, 6 D. 43, 17 32
      γ) l 3 § 9 D. 43, 17 33
      δ) Mangel ausdrücklicher Erklärung . . . 33
   b) animus turbandi 34
      α) Savignys „obligationes ex maleficio“ . . 34
      β) Ablehnung 34
   c) Iherings Auffassung . . . . . 35—38
      α) „negative“ und „positive“ Eingriffe . . 35—37
      β) Behauptung eigenen Besitzes . . . . . 37—38
   d) Vangerow: Bestreiten gegnerischen Besitzes (possessionis controversia) . . . . . 38—41
      α) Darstellung . . . . . 38—39
      β) Ausführliche Widerlegung durch
         αα) Quellen 39
         ββ) Literatur 40
      γ) possessionis controversia: Verletzung des Besitzes (Eingriffsprinzip) . . . . . 40—41
   e) vis in Worten . . . . . 41—42
      α) drei Möglichkeiten 41
      β) Verhalten der Quellen hierzu . . . . . 41—42

§ 10. Die Verteidigung des Beklagten . . . . . 42—45
1. exceptio vitiosae possessionis 42
2. Berufung auf dingliche oder obligatorische Rechte 43
3. Geltendmachung einer quasi possessio 43
4. Berufung auf allgemeine Rechtsgrundsätze bezw. Einwilligung des Besitzes 44
5. Verjährung 44

§ 11. Zusammenfassende Definition der „vis“ . . . . 45—46

§ 12. Spätere Rechtsentwicklung in der römischen Kaiserzeit . . . . . 47—49
1. Änderung des Verfahrens 47
2. Wesen der actio utilis . . . . . 47—48
3. Trotz der Änderung des Verfahrens bleibt der Begriff der vis derselbe 49

B. Zweiter Teil: Gemeines Recht.

Seite

§ 13. Das possessorium ordinarium als Besitzstörungsklage des gemeinen Rechts . . . . . 50—51
1. Allgemeines 50
2. Das Verfahren 50
3. Aktiv- und Passivlegitimation 50
4. Ziel der Klage 51
§ 14. Die „Besitzstörung" im Sinne des p. o. . . . . 51—63
1. Allgemeines . . . . . 51—52
2. Kontroversen . . . . . 52—53
a) Positive Handlungen oder auch dauernde Vorkehrungen und Anlagen? . . . . . 53—54
b) Animus turbandi . . . . . 54—55
c) Anmaßen eigenen bezw. Bestreiten gegnerischen Besitzes . . . . . 55—58
d) Verletzung des Besitzes . . . . . 58—60
α) Begründung . . . . . 58—59
β) Eingriffsprinzip 59
γ) Nicht jeder Eingriff aber ist Besitzstörung 60
e) Verbalstörungen . . . . . 60—63
f) Vorbereitungen künftiger Eingriffe 63
§ 15. Die Verteidigung des Beklagten . . . . . 63—66
1. Die exceptio vitiosae possessionis 63
2. Berufung auf dingliche oder obligatorische Rechte 64
3. Geltendmachung eines Rechtsbesitzes 64
4. Zustimmung des Besitzers 65
5. Berufung auf allgemeine Rechtsvorschriften . 65
6. Verjährung 65
§ 16. Zusammenfassende Definition der Besitzstörung im Sinne des possessorium ordinarium 66

C. Dritter Teil: Bürgerliches Recht.

§ 17. Der Schutz des Besitzes im BGB. . . . . 67—69
1. Die Erweiterung des Besitzschutzes im BGB. . 67
2. Die Besitzstörungsklage aus § 862 68
a) Aktiv- und Passivlegitimation . . . . . } 68—69
b) Ziel der Klage . . . . . }
§ 18. Die Besitzstörung nach BGB. . . . . 69—70
1. Allgemeines 69
2. Kontroversen . . . . . 69—78
a) Positive Handlungen oder auch dauernde Vorrichtungen und Anlagen? . . . . . 69—70
α) Cosacks Meinung 69
β) Herrschende Ansicht. 70
b) Animus turbandi . . . . . 70—73
α) Herrschende Ansicht. . . . . 70—71
β) Gaertner 71
γ) Die Praxis . . . . . 72—73

		Seite
	c) Anmaßen eigenen bezw. Bestreiten gegnerischen Besitzes	73
	d) Verletzung des Besitzes	73—76
	α) Eingriffsprinzip	73—75
	β) Einschränkung im Hinblick auf das Ziel der Klage	75—76
	e) Besitzstörung durch Worte	76—78
	α) Möglichkeit derselben gem. § 862	76
	β) Der Standpunkt	
	αα) der Theorie hierzu	76—77
	ββ) der Praxis hierzu	77—78
	f) Vorbereitungen	78
§ 19.	Die Verteidigungsmittel des Beklagten	79—86
	1. Der Einwand des fehlerhaften Besitzes	79—80
	a) Darstellung	79
	b) Abweichungen vom gemeinen Recht	79—80
	2. Ablauf der Ausschlußfrist gem. § 864 Abs. I.	80—81
	a) Darstellung	80
	b) Abweichungen von der Verjährung der früheren Rechte	80—81
	3. Berufung auf dingliche oder obligatorische Rechte	81—83
	4. Die Zustimmung des Besitzers	81—83
	5. Die Gestattung der Störung durch das Gesetz	83—85
	a) Bedeutung dieser Vorschrift	83—84
	b) Kontroversen	84—85
	6. Berufung auf §§ 1029, 1090 Abs. II oder Art. 191 E. G. BGB.	85
	7. Rechtskräftige Feststellung eines Rechts an der Sache nach verübter Störung gem. § 864 Abs. II	85—86
	a) Bedeutnng dieses (petitorischen) Einwandes	85
	b) Kontroversen	86
§ 20.	Zusammenfassende Definition der Besitzstörung nach dem BGB.	86—87
§ 21.	Vergleich der in den drei Rechten gewonnenen Resultate	87—88
§ 22.	Anhang: Die Besitzstörung beim sogen. Rechtsbesitz	88—93
	1. im römischen Recht	88—91
	a) Der Begriff des Rechtsbesitzes	88—89
	b) Die Besitzstörung bei der juris quasi possessio	89—91
	2. im gemeinen Recht	91—92
	3. im bürgerlichen Recht	92—93
	a) Nichtvorhandensein des Rechtsbesitzbegriffes im bürgerlichen Recht	92
	b) Die §§ 1029, 1090 BGB.	93
	4. Ergebnis	83

Literatur.

1. Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 6. Aufl. München 1868
2. Baron, Pandekten. 6. Aufl. Leipzig 1887.
3. Derselbe, Kritische Besprechung von J. Kappeyne van de Copello: Abhandlungen zum röm. Staats- und Privatrecht, in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. IX S. 226 ff.
4. Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.
5. Derselbe, Die Aktionen des römischen Privatrechts. Berlin 1873.
6. Derselbe, Zu den Lehren von L. A. sacramento, dem Utipossidetis und der possessio in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (roman. Abt.) Bd. V S. 136 ff.
7. Derselbe, Der Besitz beweglicher Sachen. Nach der 2. Lesung des Entw. eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, in Iherings Jhrb. Bd. XXXIV S. 1—81.
8. Bendix, Die Besitzlehre nach dem BGB. Hannover 1900 (Sonderabdruck aus „das Recht").
9. Bernhöft, Das bürgerliche Recht in Birkmeiers Enkyklopädie. Berlin 1901.
10. Derselbe, Das neue bürgerliche Recht. Sachenrecht. Stuttgart 1905.
11. Biermann, Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1903.
12. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Abt. I. Erlangen 1857.
13. Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874.
14. Derselbe, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.
15. Derselbe, Der ältere Besitz und das possessorium ordinarium im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. IV. Leipzig 1860.
16. v. Buchka, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich und des gemeimen Rechts. Berlin 1897.
17. Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen. Berlin 1901.
18. Bunsen, Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. II. Rostock 1897.
19. Corpus juris civilis, Ausgabe von Mommsen-Krüger. Berlin 1886.

20. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 4. Aufl. Jena 1904.
21. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. Tübingen 1905.
22. Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857.
23. Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Berlin 1896 (Guttentag).
24. Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. Halle 1883.
25. Derselbe, Pandekten. Bd. I. 7. Aufl. Berlin 1902.
26. Derselbe, Das Sachenrecht des deutschen Reiches und Preußens, kritisch besprochen in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 41, Neue Folge Bd. V S. 496 ff. von Grützmann.
27. Derselbe, Das bügerliche Recht Bd. III (Sachenrecht). Halle 1898.
28. Duncker, Die Besitzklage und der Besitz. Berlin u. Leipzig 1884.
29. Duroi, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 6, XIV.
30. Eck, Die sogen. doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. Berlin 1870.
31. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. 8. und 9. Aufl. Berlin 1905.
32. Endemann-Gareis, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1896.
33. Engelmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Berlin 1900.
34. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. I. Lesung. Berlin 1888 (Guttentag).
35. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
36. Exner, Die imaginäre Gewalt im altrömischen Besitzstörungsverfahren in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (roman. Abt.) Bd. VIII, S. 167 ff.
37. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. München 1904.
38. Flach, Entscheidungen des herzoglich nassauischen OAG. zu Wiesbaden. I. Teil. Gießen 1842.
39. Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht, in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 4. Heft. Breslau 1901.
40. Gerstel, Inwiefern ist das interd. quod vi aut clam im neuen deutschen Rechte durch entsprechende Rechtsmittel ersetzt? Diss. Berlin 1901.
41. Grützmann, s. oben unter Dernburg No. 26 dieses Verzeichnisses.
42. Hedemann, Über den Erwerb und Schutz der Servituten nach römischem Recht. Berlin 1864.
43. Hellwig, Anspruch und Klagerecht, enthalten in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. V, 1. Jena 1900.
44. Hesse, Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen der Grundeigentümer in Iherings Jhrb. Bd. VI S. 378 ff.
45. Hüttenhain, Der Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Diss. Rostock 1903.
46. Huschke, Studien des römischen Rechts. Bd. I. Breslau 1830.
47. Ihering, Über den Grund des Besitzschutzes. 2. Auflage. Jena 1869.

48. Derselbe, Der Besitzwille. Jena 1889.
49. Derselbe, Der Besitz in Ihrings Jhrb. Bd. XXXII S. 41 ff.
50. Derselbe, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, in Iherings Jhrb. Bd. XXIII S. 155 ff.
51. Josef, Erläuterungen zu den Besitzklagen des bürgerlichen Gesetzbuches im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. XV S. 265.
52. Juristische Wochenschrift.
53. Kappeyne van de Coppello, Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht. Heft II. Deutsch von Dr. Max Conrat (Cohn). Stuttgart 1885.
54. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. II. Leipzig 1901.
55. Derselbe, Beiträge zur Geschichte des römischen Zivilprozesses. Bonn 1865.
56. Keller, Über die deductio quae moribus fit und das interd. uti possidetis, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. XI S. 287 ff.
57. Kindel, Die Grundlagen des römischen Besitzrechts. Berlin 1883.
58. Klein, Sachbesitz und Ersitzung. Berlin 1891.
59. Kniep, Der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.
60. Krahé, Der Besitzschutz nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1899.
61. Krüger (Paul), Kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts. Berlin 1870.
62. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II. Teil. Berlin 1899.
63. v. Liebe, Sachenrechtliche Erörterungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Leipzig 1891.
64. Luther, Der Selbstschutz des Besitzers nach BGB. Diss. Leipzig 1906.
65. Maas, Bibliographie des bürgerlichen Rechts im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. XVI ff.
66. Maenner, Das Recht der Grundstücke nach BGB. München 1899.
67. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. 2. Aufl. Berlin 1899.
68. Meischeider, Besitz und Besitzschutz. Berlin 1876.
69. Meißner, Das Sachenrecht. Breslau 1901.
70. Motive zum Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. Bd. III. Berlin u. Leipzig 1888. (Amtliche Ausgabe).
71. Mugdan u. Falckmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Leipzig 1900 ff. (zit. Rechtspr. OLG.)
72. Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I. 4. Aufl. Berlin 1905.
73. Derselbe, Jahrbuch des deutschen Rechts. Berlin 1904 ff. (die einzelnen Bände sind in Fußnoten angegeben).
74. Niebuhr, Römische Geschichte. Bd. II. 3. Aufl. Berlin 1836.
75. de Olivart, la Posesion. Barcelona 1884.
76. Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft. Bd. VII. Hannover 1844.

77. Pfersche, Die Interdikte des römischen Zivilprozesses. Graz 1888.
78. Pflüger, Die sogen. Besitzklagen des römischen Rechts. Leipzig 1890.
79. Derselbe, Über das Wesen der Dinglichkeit im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 79. S. 406 ff.
80. Planck, Kommentar zum BGB. Bd. III. Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1906.
81. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III (Sachenrecht). Berlin 1899.
82. Puchta, Pandekten. 10. Aufl. Leipzig 1866.
83. Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte. 2. Aufl. Leipzig 1876.
84. Recht, das, Zeitschrift, herausgegeb. von Dr. Hs. Th. Soergel (München) Stuttgart. (Die einzelnen Jahrgänge sind in Fußnoten angegeben.)
85. Regelsberger, Der gerichtliche Besitzschutz nach römischem Recht, nach gemeinem Recht und nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Gießen 1907.
86. Roßhirt, Von dem possessorischen Prozesse, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. N. F. Bd. XVI. Gießen 1859.
87. Rudorff, Bemerkungen über das Interdictum uti possidetis, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. XI. S. 333 ff.
88. v. Savigny, das Recht des Besitzes. 7. Aufl. Wien 1865 (herausgegeben von Rudorff).
89. Schader, die Besitzstörung als eine Voraussetzung des gerichtlichen Besitzschutzes im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht. Diss. Leipzig 1902.
90. Scheurl, Zur Lehre vom römischen Besitzrecht. Erlangen 1886.
91. Schmidt (Karl Adolf), Das Interdiktenverfahren der Römer. Leipzig 1853.
92. Schönberg, Die Besitzklagen in ihrer Richtung auf Schadensersatz. Diss. Greifswald 1898.
93. Schulenburg, Über den Schutz des Besitzes an Sachen nach BGB. Diss. Erlangen 1899.
94. Schuppe, Das Recht des Besitzes. Breslau 1891.
95. Schweppe, Römische Rechtsgeschichte und Rechtsaltertümer. 3. Aufl. Herausgegeben von Dr. Carl Aug. Gründler. Göttingen 1832.
96. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht Bd. I und II. 4. Aufl. Würzburg 1860.
97. Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte (zit. S. A.).
98. Soergel, Rechtsprechung zum BGB. Stuttgart 1902 ff.
99. Sohm, Über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich in zweiter Lesung. Berlin 1895.
100. Stadtländer & Dr. Lahnsen, Sammlung der Entscheidungsgründe des Ober-Appellations-Gerichts der freien Städte Deutschlands zu Lübeck in bremischen Zivil-Rechtssachen aus den Jahren 1873—1879. Bremen 1883.
101. v. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 3.—4. Aufl.
Bd. III. Sachenrecht. München 1907.
Bd. IV. Familienrecht. I. Teil. München 1908.
Bd. V. Erbrecht. München 1909.

102. Stölzel, Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam. Cassel u. Göttingen 1865.
103. Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. in Iherings Jhrb. Bd. XXXVIII S. 1 ff.
104. Ubbelohde, Die Interdikte in Glücks Pandektenkommentar, Serie der Bücher 43 und 44, Teil I (Erlangen 1889), Teil II (Erlangen 1890), Teil V (Erlangen 1896), zitiert Ubbelohde b. Glück Bd. I, II, V.
105. Ungerer, Der Schutz des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht nach BGB. Diss. Erlangen 1905.
106. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. 7. Aufl. Marburg u Leipzig 1876.
107. Wächter, Pandekten. Bd. II. Leipzig 1881.
108. Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.
109. Derselbe, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 92 S. 1 ff.
110. Wiederhold, Das Interdictum uti possidetis und die operis novi nunciatio. Hanau 1831.
111. Windscheid-Kipp, Pandekten. Bd. I. 8. Aufl. Frankfurt 1900.
112. Witte, Das Interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium. Leipzig 1863.
113. Wlassak, Edikt und Klagform. Jena 1882.
114. Zielonacki, Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem römischen Rechte nebst einem Anhang über das interd. uti possidetis. Breslau 1849.
115. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian. 1829.

§ 1.

Einleitung.

Der gerichtliche Schutz des Besitzes richtet sich sowohl im römischen wie im gemeinen und im bürgerlichen Recht gegen zwei Arten der Verletzung: gegen die Besitzentziehung und gegen die Besitzstörung.[1]) Beide Begriffe, welche sich gewissermaßen nur graduell von einander unterscheiden, sind juristische. Das heißt: nicht jede völlige Aufhebung des Besitzes in der Person des Verletzten ist eine juristische Besitzentziehung, und ebensowenig stellt sich jede Beeinträchtigung der Ausübung des Besitzes schon als eine Besitzstörung im juristisch-technischen Sinne dar.[2]) [3]) Nur das ist vielmehr Entziehung oder Störung des Besitzes in solchem Sinne, was nach der Rechtsordnung dafür gilt und einen Anspruch des Verletzten wegen der Entziehung oder Störung entspringen läßt, m. a. W., was die Voraussetzung einer dem Besitzer wegen der Verletzung zustehenden Klage bildet, bezw. bilden kann.

Wenn nun im folgenden versucht werden soll, eine Darstellung dessen zu geben, was im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht technisch unter Besitzstörung verstanden wird, so empfiehlt es sich hiernach von den in den einzelnen Rechten zum Schutz gegen diese Art der Besitzverletzung ausgebildeten Rechtsmitteln auszugehen und deren Voraussetzungen eingehend

---

[1]) Vgl. Ihering in Iher. Jhrb. Bd. XXXII S. 50. Regelsberger a. a. O. S. 5.

[2]) Vgl. Staudinger a. a. O. Bd. III S. 31.

[3]) Kann doch beispielsweise auch ein Naturereignis einen Zustand herbeiführen, der den Besitzer in seinem Besitz beeinträchtigt, ohne doch Besitzstörung zu sein: Wenn ich als Besitzer eines Gartens durch einen Gewitterregen zeitweilig gehindert werde, darin zu lustwandeln, wenn ich als Besitzer einer Sennhütte hoch oben in den Bergen zur Winterszeit infolge Unpassierbarkeit der Wege monatelang überhaupt nicht zu meinem Besitztum hinaufgelangen kann, so beeinträchtigt das zweifellos meinen Besitz über den Garten wie über die Sennhütte; eine Besitzstörung im juristisch-technischen Sinne liegt aber ebenso zweifellos nicht vor. — Und ähnliche Beispiele lassen sich entsprechend für die Besitzentziehung finden.

zu erörtern. Denn mit der Kenntnis dieser Voraussetzungen finden wir nach dem Gesagten notwendig zugleich das, was wir suchen, nämlich den juristischen Begriff der Besitzstörung im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht.

Dabei erscheint es geboten, alle drei Rechte zunächst gesondert zu betrachten, einmal wegen der großen Verschiedenheit, welche sich, namentlich in den Verfahrensarten, aber auch sonst bei den Besitzstörungsklagen im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht findet, und welche eine Darstellung der drei Rechte nebeneinander nicht nur sehr erschweren, sondern vor allem auch die erschöpfende Behandlung eines jeden Rechtes beeinträchtigen würde, andererseits aber auch deswegen, weil bei einer gleichzeitigen Behandlung der drei Rechte die Gefahr besteht, die Unbefangenheit zu verlieren, jedes einzelne Recht richtig zu erkennen, und — was da besonders nahe liegt — etwa an das römische Recht mit vorgefaßten aprioristischen Ideen heranzugehen und in dasselbe hineinzutragen, was uns für ein späteres Recht wünschbar erscheint.[1])

A. Erster Teil: Römisches Recht.

§ 2.

Allgemeines.

Im römischen Recht, das somit zunächst zu erörtern ist, dienten zum Schutze des Besitzes überhaupt die vom Prätor geschaffenen Interdicta retinendae, recuperandae und adipiscendae possessionis. Von diesen kommen als Rechtsmittel gegen die hier zu behandelnde Art der Verletzung nur die ersteren in Betracht, und zwar werden uns als solche für das ältere Recht zwei, nämlich das Interdictum uti possidetis in Anwendung auf Immobilien, das Interdictum utrubi in Anwendung auf Mobilien genannt. Beide Interdikte waren nicht völlig gleich.[2]) Da jedoch bereits in der älteren Zeit der Gebrauch des I. uti possidetis bei weitem überwog,[3]) auch im Justianischen Rechte das I. utrubi dem I. uti possidetis völlig gleichgestellt[4]) wurde, so dürfen wir uns in der folgenden Darstellung ganz auf das I. uti possidetis (i. u. p.) beschränken.

---

[1]) Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 16. Bekker Aktionen Bd. I. Einl.

[2]) Vgl. dazu Dernburg Pand. Bd. I § 185 S 431.

[3]) Ist doch überhaupt bei Mobilien eine Besitzstörung kaum denkbar. Vgl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 613/4 Kniep a. a. O. S. 358.

[4]) Vgl. Bruns Bes. i. Mitt. S. 38, Puchta a. a. O. S. 201 Anm. a.) Wächter a. a. O. S. 82 u. 86, Schweppe a. a. O. S. 610, Dernburg Pand. Bd. I S. 431, Bekker R. d. Bes. S. 253. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 713 Anm. 2.

Bei der Wichtigkeit dieses Rechtsmittels für die spätere Rechtsentwicklung erscheinen vorerst einige historische Bemerkungen darüber am Platze.

§ 3.

Die Entstehungszeit des i. u. p.

Genaues wissen wir über die Entstehungszeit des i. u. p. ebensowenig wie über die des Ediktenverfahrens überhaupt.[1]) Zur Zeit Ciceros finden wir das Verfahren bereits vollständig eingebürgert;[2]) das geht aus der im Jahre 685 d. St. (69 v. Chr.) gehaltenen Rede Ciceros pro Caecina hervor, wo es c. 13 § 36 vom Prätor heißt:

> Qui dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factam jubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit etc.[3])

ferner aus der im Jahre 682 oder 683 d. St. gehaltenen Rede pro Tullio 19, 44, wo Cicero vom Interd. unde vi sagt:

> fuit illud interdictum apud majores nostros de vi quod hodie quoque est.[4])

und weiter aus der auf das i. u. p. bezüglichen ganz ähnlichen Äußerung Ciceros im c. 16, 45 der erwähnten Rede pro Caecina:

> At vero hoc quidem tam vetus est, et majorum exemplo multis in rebus usitatum(tis) etc.[5])

In Übereinstimmung hiermit setzt Cicero in der Stelle de orat. I 10, 41[6]) für das Jahr 663 d. St., in welchem er das jene Abhandlung einkleidende Gespräch sich abspielen läßt, ein Interdikt wegen Beeinträchtigung fremden Besitzes als bekannt voraus.

Noch weiter zurück, um mehr sogar als ein volles Jahrhundert, weist uns eine Stelle in dem 554 d. St. zuerst auf-

---

[1]) Die älteste Anspielung auf das i. u. p., welche ein bestimmtes Datum bietet, findet sich bei Livius XL 17 zum Jahre 570 d. St., wo Masinissa erklärt: paterni regni agrum se recepisse et habere jure gentium, et causa et possessione superiorem esse.

[2]) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 303 f. Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 336/7.

[3]) Aus dieser Äußerung geht hervor, daß schon damls eine beträchtliche Anzahl von Interdikten bestand, sie beweist insbesondere, daß schon in jener Zeit das Interdizieren in der allerweitesten Ausdehnung geschah; denn das muß der Fall gewesen sein, wenn der Prätor ganze Amtstage damit auszufüllen hatte. Vgl. Schmidt a. a. S 303.

[4]) Vgl. Witte a. a. O. S. 7. Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 337.

[5]) Vgl. Witte a. a. O. S. 7.

[6]) Quod vero in extrema oratione quasi tuo jure sumpsisti, oratorem in omnis sermonis disputatione copiosissime posse versari, id, nisi hic in tuo regno essemus, non tulissem, multisque praeessem (al. praeissem), qui aut interdicto tecum contenderent aut te jure manum consertum vocarent, quod in alienos possessiones tam temere irruisses. Ubbelohde b. Glück Bd. II S 332.

geführten[1]) Stichus. Ganz unverkennbar spielt nämlich Plautus daselbst auf das Utrubi an, wenn es (V 4, 14) heißt:

Sagarinus: Uter amicam utrubi acumbamus?
Stichus: Abi tu sane superior

und weiter (V 5, 9):

Stephanium: Utrubi accumbo?
Sagarinus: Utrubi tu vis etc.

Mit Recht[2]) ist hieraus zu schließen, daß dieses Rechtsmittel im Jahre 554 d. St. schon so bekannt war, daß jene Anspielung vom Publikum allgemein verstanden werden konnte.[3]) Und da das i. u. p. unzweifelhaft älter[4]) ist, als das Utrubi, so hat es keine Bedenken, das Aufkommen desselben noch ein Jahrhundert früher zu versetzen.[5])

Kann hiernach die Entstehung des i. u. p. mit ziemlicher Sicherheit in die Zeit des alten Legisaktionenverfahrens verlegt werden,[6]) — wenn dies auch kein Quellenzeugnis geradezu sagt, ist es doch nach ihren Aussagen nichtsdestoweniger vollkommen wahrscheinlich — so weist daneben die Unmöglichkeit, die Besonderheiten des Interdiktenverfahrens genügend zu erklären, wenn man seine Entstehung erst in die Zeit des Formularprozesses versetzt, ebenfalls auf die Ausbildung desselben unter der Herrschaft der legis actiones hin.[7]) Das Verfahren des i. u. p., wie wir es unten noch näher kennen lernen werden, erscheint im Vergleich mit der Verhandlung per formulas in factum conceptas äußerst unbeholfen und schwerfällig, und es wäre deshalb nicht einzusehen, wie der Prätor zur Zeit des vollkommen in seiner Hand liegenden Formularverfahrens noch auf das umständliche Interdiktenverfahren verfallen sein sollte.[8])

Wir dürfen uns nach diesen Erwägungen unbedenklich der weitaus herrschenden Meinung anschließen und die Entstehung des i. u. p. in die Zeit des Legisaktionenprozesses versetzen.[9])

---

[1]) Vgl. Krüger a. a. O. S. 83 Note 1, Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 631.

[2]) Vgl. Karlowa RRG. S. 319.

[3]) Vgl. Bekker: R. d. Bes. S. 118: „Man könnte etwa noch vermuten, daß das utrubi nicht gar lange vorher eingeführt sei, da Plautus seine Scherze mit Vorliebe an neue Rechtsgebilde zu knüpfen pflegt".

[4]) Vgl. Karlowa RRG. S. 319. Ubbelohde b. Glück Bd. V, S. 631.

[5]) Vgl. Karlowa RRG. S. 319, 320.

[6]) Als Gegner dieser Annahme habe ich nur Krüger a. a. O. S. 86 finden können. Vgl. auch Anm. 9 dieser Seite.

[7]) Vgl. Witte a. a. O. S. 3, 4 u. 6.

[8]) Vgl. Schader a. a. O. S. 7.

[9]) Als Vertreter dieser Ansicht sind zu nennen: Karlowa RRG. S. 319 f. 325, 1033 ff., Meischeider a. a. O. S. 53. Schmidt a. a. O. S. 303 ff., Witte a. a. O. S. 8, 26 f., Ubbelohde b. Glück Bd. II, 319, 341, Bekker Aktionen Bd. II S. 56, R. d. Bes. S. 103, 118, Duncker a. a. O. S. 157 Anm. 1, Dernburg Pand. I § 171 vgl. auch das. § 128, Bruns Bes. i. Mitt. § 6 S. 45 Anm. Zimmern a. a. O. § 72.

§ 4.

Der Entstehungsgrund des i. u. p.

Während über die Zeit der Einführung unseres Interdikts so gut wie gar keine Differenzen in der Literatur obwalten, herrscht über den Grund seiner Einführung lebhafter Streit.

Nach der einen Meinung, die im Hinblick auf die Anzahl ihrer Vertreter die herrschende genannt werden darf, ist das i. u. p. eingeführt, um die Parteirollen für einen nachfolgenden Prozeß über das Eigentum zu regulieren;[1]) ursprüglich habe demnach das i. u. p. lediglich präjudizielle Bedeutung gehabt, erst später habe „der Besitzstreit eine von der rei vindicatio unabhängige Bedeutung gewonnen".[2])

Zur Begründung dieser Ansicht werden folgende Quellenstellen herangezogen:

l. 1 §§ 2 sq D. uti poss. 43, 17: (Ulpian lib. 69 ad. edictum)

Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. § 3. Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

§ 4 J, de interd. IV, 15:

Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est et aute quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui etc.

schließlich noch Gaius IV, 148:

Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cujus rei gratia conparata sunt uti possidetis et utrubi.

---

[1]) Ob dabei das Verfahren als integrierender Bestandteil des Eigentumsprozesses oder als selbständiges Vorbereitungsverfahren zu denken sei, ist wiederum kontrovers.

[2]) So Krüger a. a O. S. 79.

An diesen drei Stellen sei, so meinen die Vertreter dieser vorherrschenden Meinung,[1]) unzweifelhaft ausgesprochen, daß das i. u. p. zum Zweck der Ordnung der Beweislast und der Parteirollen im Eigentumsprozeß eingeführt sei, und Ihering geht dabei sogar so weit, zu behaupten, daß „angesichts der unzweideutigen, wiederholten Nachrichten unserer Quellen jeder Versuch, für die Einführung jener Interdikte (sc. ret. poss.) einen anderen Ausgangspunkt zu gewinnen, auf sich beruhen bleiben" könne.

Man wird bei objektiver Prüfung der angezogenen Belege zugeben müssen,[2]) daß dieselben sich in der Tat in dem behaupteten Sinne aussprechen,[3]) und es ist nicht zulässig, die Worte „comparata sunt" bei Gaius durch „sind bereit", dh. „sie werden benutzt, dienen dazu", wiederzugeben, wie Duncker[4]) vorschlägt. Und wenn man auch Ubbelohde zugesteht, daß § 4 J. IV 15 nach Gaius bearbeitet ist, so geht aus dieser Bearbeitung doch jedenfalls klar hervor, daß auch die Kompilatoren der Ansicht gewesen sind, Gaius habe sich hier ausdrücklich über die Entstehung der Interdikte (ret. poss.) äußern wollen,[5]) — denn das ergibt sich aus der Umstellung, welche sie bei der Wiedergabe jener Ausführung in dem genannten § 4 J. IV 15 gemacht haben — und im Hinblick hierauf erscheint diese Stelle noch keineswegs „ohne jede Bedeutung", wie Ubbelohde meint. Eine andere Frage ist aber, ob die römischen Juristen mit diesen Äußerungen wirklich recht haben, und ob ihrer Meinung eine

---

[1]) Ihering Grd. d. Bsch. S. 76, 78, Schmidt a. a. O. S. 53, 186, Krüger a. a. O. S. 78, 79, 80—86. 108, Bruns Beskl. S. 19 ff., 21, Duroi a. a. O. S. 271 ff., Wiederhold a. a. O. S. 1 f., Baron a. a. O. S. 214, 216, Bekker Aktionen Bd. II, S. 63, R. d. Bes. S. 92 ff. insbes. 98/9, Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd V, S. 143 ff, 151, Vangerow Pand. I, S. 674. Keller Ztschr. f. gesch. Rw. Bd. XI, S. 313 f., Pflüger Besitzkl. S. 8 vgl. aber dazu Pflüger im Arch. f. ziv. Pr. Bd 79, S. 435 Anm. 74, Wendt a. a. O. S. 290, Kniep a. a. O. S. 355, vgl. auch Klein a. a. O. S. 86, Zielonacki a. a. O. S. 270 ff.

[2]) mit Karlowa RRG. S. 317, Meischeider a. a. O. S. 51.

[3]) Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 626 bestreitet freilich auch dies. Ulpian, meint er, sage in l. 1 §§ 2 sq D. uti poss. „mit keinem Worte, daß das i. u. p. zwecks Regulierung der Parteirollen für den Eigentumsprozeß aufgestellt worden sei; er sage vielmehr, es sei aufgestellt, weil der Besitz und das Eigentum getrennt behandelt werden müssen; seine Verwendung zu jener Regulierung werde erst hinterher erwähnt" (ähnlich übrigens Dernburg Entw. S. 52 f). Der angeführte § 4 J. IV 15 aber sei als „eine kritiklose Umarbeitung von Gai IV 148 ohne jede Bedeutung. Gaius l. c. aber sage freilich, das interdictum ret. poss. causa pflege erteilt zu werden, wenn vor Beginn eines Eigentumsprozesses über die Verteilung der Parteirollen gestritten werde; nicht jedoch sage er, die Regulierung der Parteirollen im Eigentumsstreite sei die res, cujus gratia das uti poss. und das utrubi comparata sunt: diese res sei nach ihm vielmehr die retinendae possessionis causa". Dieser Auffassung Ubbelohde's dürfte jedoch nicht zu folgen sein und sie hat auch in der Literatur keine Zustimmung gefunden.

[4]) Vgl. a. a. O. S. 66 Anm. 3, auch S. 7 das. ferner vgl. auch Witte a. a. O. S. 29, Krüger a a. O. S. 80, Kniep a. a. O. S. 355 und Bruns Besitzkl. S. 20.

[5]) Vgl. Witte a. a. O. S. 29, Kniep a. a. O. S. 356.

Kenntnis der Vorgänge, welche den Prätor veranlaßt haben, die Interdikte uti possidetis und utrubi zu geben, oder eine Kenntnis der ersten Rechtsfälle, auf welche diese Interdikte Anwendung gefunden haben, zugrunde liegt. Und das gerade ist von verschiedenen Seiten angezweifelt worden, weil die Nachricht von Ulpian und Gaius unvereinbar ist mit dem, was wir sonst von dem i. u. p. wissen,[1]) sowie mit seinem ganzen Charakter.[2]) Das Inderdikt findet Anwendung auch in zahlreichen Fällen, in welchen an Vorbereitung der Vindikation gar nicht zu denken ist, und wenn hiergegen allenfalls eingewendet werden kann, daß dies durch eine spätere Anwendung des i. u p. über seinen ersten Zweck hinaus zu erklären sei, und daß deswegen dieser Umstand allein noch nicht genüge, die Glaubwürdigkeit der römischen Juristen zu erschüttern,[3]) so ist demgegenüber auf den Wortlaut des i. u. p.[4]) und seine prohibitorische Form hinzuweisen: hier ist von der in den Quellen bezeugten Bestimmung des Interdikts mit keinem einzigen Worte die Rede, und namentlich das prätorische vim fieri veto steht mit der Auffassung der römischen Juristen in offenbarem Widerspruch. Die Anhänger der in den Quellenstellen ausgesprochenen Ansicht über den Entstehungsgrund des i. u. p. haben das auch nicht verkannt, und sie versuchen dadurch zu helfen, daß sie behaupten und nachzuweisen suchen, vim fieri veto bedeute in Wahrheit nichts[5]) oder doch wenigstens so viel als nichts,[6]) prohibitorisch sei beim i. u. p. nur die äußere Form, sachlich sei es eine reine Präjudizialklage.[7]) Diese Versuche erscheinen aber nicht geeignet, den Widerspruch zu lösen. Und wenn daher auch „in der Beiseitesetzung klarer Quellen etwas mißliches liegt“,[8]) so bleibt doch nichts Anderes übrig als anzunehmen,[9]) daß es sich bei den Äußerungen der

[1]) Vgl. Krüger a. a. O. S. 82, Schader a. a. O. S. 7 ff.

[2]) „Hätte man — meint Dernburg Entw. S. 27 — eine Prämie darauf gesetzt, ein Verfahren zu erfinden, welches die Entscheidung über jene präparatorische Frage (nämlich die Parteirollen im Eigentumsprozeß zu ermitteln) am meisten verwickelte, unter den größten Umschweifen erledigte, sie wäre reichlich verdient gewesen“.

[3]) Vgl. Meischeider a. a. O. S. 52, Baron Pand. S. 214/5.

[4]) Vgl. weiter unten S. 15.

[5]) Vgl. Keller Ztschr. S. 317, Vangerow Pand. S. 675.

[6]) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 53, Witte a. a. O. S. 55.

[7]) So Krüger a. a. O. S. 86 u. 108. Im einzelnen schon hier auf eine Darstellung der verschiedenen Ansichten einzugehen erübrigt sich, da weiter unten bei der Erörterung der verschiedenen vis-Auffassungen noch darauf zurückzukommen sein wird. Vgl. § 8 dieser Abhandlung.

[8]) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 186.

[9]) Treffend bemerkt Savigny R. d. B. (7. Aufl. Rudorff), S. 399 Anm. 1: „. . . Es erscheint verwegen, in solchen Dingen einem römischen Juristen zu widersprechen, allein . . . das Edikt muß mehr gelten, als Ulpian, d. h. ich will lieber annehmen, daß Ulpian in einer historischen Erklärung ungenau ist, als daß das Edikt etwas ganz anderes sagen will, als es wirklich sagt. . . “ dem zustimmend vgl. ferner Wächter a. a. O. S. 87, Seuffert Pand. Bd. II S. 389 u. Anm. 20 das., ferner Dernburg Pand. I S. 397.

römischen Juristen über den Entstehungsgrund des i. u. p. nur um einen Schluß handelt, der aus der Bedeutung, welche das Interdikt zur Zeit des Gaius und Ulpian gehabt hat, auf den Grund seiner ersten Einführung gemacht worden ist.[1]) Historische Gewißheit geben uns jene Aussprüche nicht. Wir dürfen das umsomehr annehmen, als der historisch-kritische Sinn nicht gerade die Gabe gewesen ist, durch welche die Römer sich ausgezeichnet haben, wie das ja auch aus der Art ihrer Geschichtsschreibung hervorgeht. Und wenn wir dabei noch in Betracht ziehen, daß selbst bei dem ausgebildeten historisch-kritischen Sinn, der als eine der Signaturen der heutigen Zeit gelten kann, die Ermittelung der Veranlassung und des inneren Grundes von Gesetzen, zumal solcher, die längere Zeit zurückliegen, nicht selten mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, so erscheint es nicht mehr bedenklich, anzunehmen, daß in jenen Quellenäußerungen kein Aufschluß gewährt wird über den Grund der ersten historischen Einführung des i. u. p., sondern daß sie lediglich als Zeugnis für die Ansicht der römischen Juristen von der Entstehung dieses Rechtsmittels anzusehen sind.

Halten wir nun nach einem anderen Grunde für die Entstehung unseres i. u. p. Umschau, so finden wir in der Literatur auch unter denjenigen Schriftstellern, welche gleich uns die herrschende Meinung ablehnen zu müssen glauben, keineswegs Einstimmigkeit. Nach einer dieser Ansichten soll das i. u. p. ursprünglich vom Prätor zum Schutze des Besitzes von Stücken des ager publicus eingeführt und dann später auf den Schutz des Besitzes von Privatgrundstücken angewandt sein. Diese „unmittelbare und ursprüngliche Beziehung der possessorischen Interdikte auf den Besitz am ager publicus“ ist zuerst von Niebuhr[2]) behauptet worden; ihm ist im wesentlichen Savigny[3]) gefolgt, und neuerdings ist Dernburg[4]) besonders lebhaft für diese Ansicht eingetreten. Sein Gedanke ist dabei der folgende:

---

[1]) Dernburg Entw. S. 14 nennt die zit. Quellenstellen „allgemeine ziemlich vage Äußerungen, die uns einer eingehenden Untersuchung über den ursprünglichen Charakter des Interdikts nicht überheben können“. Vgl. auch Karlowa RRG. S. 317.

[2]) Niebuhr Röm. Gesch. a. a. S. 161 ff., insbes. S. 168: „Er (sc. der Schutz dieses Besitzes am a. p.) ward durch die possessorischen Interdikte gewährt; denn ich halte nichts für unzweifelhafter, als derselben unmittelbare und ursprüngliche Beziehung auf diesen Besitz etc.“.

[3]) Savigny R. d. B. S. 197 ff., insbes. S. 203. Ebenso wie er auch Schweppe a. a. O. S. 607 ff. Befremdenderweise trennt Schader a. a. O. S. 9 Savigny von Dernburg und bringt beide in einen Gegensatz zu einander. Nach seinem Zitat (Savigny R. d. B. S. 396 ff.) scheint diese Darstellung auf einer Verwechslung des Zwecks des Interdikts (den Savigny a. a O. angibt) mit dem historischen Grund seiner Einführung zu beruhen.

[4]) Dernburg Entw. und Pand. Bd. I S. 397, 398, Anm. 2. Aus Zweckmässigkeitsgründen ist im folgenden nur gegen D. als den Hauptvertreter der erwähnten Ansicht polemisiert.

Man habe den Bürgern, meint er,[1]) die Bebauung der ungeteilt gebliebenen Flächen des ager publicus zu eigenem Nutzen gegen gewisse Abgaben verstattet; die Rechtsform für dieses Verhältnis sei das precarium gewesen, bei welchen, wie bei jedem precarium überhaupt, die Konzession seitens des Verleihenden (hier des Staats) auch stillschweigend durch bloßes Dulden habe geschehen können, ja diese stillschweigende Konzession sei namentlich in der späteren Zeit beim ager publicus durchaus das übliche gewesen. Das Verhältnis des Prekaristen zu der ihm überlassenen Sache werde noch von den späteren römischen Juristen als possessio aufgefaßt, und ebenso werde in unzähligen Stellen der Besitz von Gemeindeland als possessio bezeichnet. Das jus civile habe diesen „Lehnbesitz" (so Dernburgs Ausdruck) völlig unberücksichtigt gelassen; nachdem ihm aber die leges Liciniae Sextiae bis zu 500 jugera mindestens indirekt eine gesetzliche Rückendeckung gegeben hätten, habe der Prätor zu seinem (des Lehnbesitzes) Schutze das i. u. p. eingeführt, das sich als Nachbildung der für das Allod dienenden legis actio sacramento darstelle.[2])

Mehrere Quellenzeugnisse sollen diese Ansicht bestätigen. Als wichtigstes unter ihnen führt Dernburg eine von Festus (s. v. possessio p. 233) mitgeteilte Äußerung des Aelius Gallus an, welche lautet:[3])

> Possessio est, ut definit Aelius Gallus, usus quidem agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager, non enim possessio est e rebus, quae tangi possunt, neque qui dicit se possidere is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audet, sed ad hoc interdictum venit, ut praetor his verbis utatur: Uti nunc possidetis eum fundum, q. d. a., quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto.

Hier ist nach Dernburg davon ausgegegangen, daß, wer Besitz behauptet, kein Eigentum beanspruchen kann, da es ihm nicht möglich ist, mit der Behauptung zu klagen, daß ihm seine Besitzung nach Quiritenrecht zugehört. „In diesem Sinne stellt der Verfasser dieser Nachricht das Interdikt neben die Eigentumsklage; er unterstellt offenbar, daß man nur das eine oder das andere Rechtsmittel geltend machen könne und erklärt, daß der possessor mit dem Interdikt zu klagen habe".[4]) Unbedenklich werden wir Dernburg insoweit völlig Recht geben dürfen;[5]) das beweist aber noch nichts für die von ihm vorgetragenen Ansicht, denn Festus spricht sich in der erwähnten Stelle in keiner

---

[1]) Dernburg Entw. S. 6 ff.
[2]) Vgl. Dernburg Entw. S. 15.
[3]) Vgl. Dernburg Entw. S. 29, auch Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 618.
[4]) Vgl. Dernburg Entw. S. 29, 30.
[5]) mit Karlowa RRG. S. 314.

Weise darüber aus, daß der Besitzer, mit welchem er sich beschäftigt, eine Possession am ager publicus hat. Auch Dernburg muß dies zugeben, allein, fährt er dann fort, ohne Zweifel sei doch die possessio am ager publicus noch zur Zeit des Aelius Gallus die wichtigste Possession neben dem quiritischen Eigentum gewesen: wenn man zu jener Zeit von Possessionen gesprochen habe, die im quiritischen Eigentum nicht stehen dürfen, so habe man darunter notwendig die Possessionen am ager publicus begriffen. Hiernach weise das Zeugnis unzweideutig darauf hin, daß das i. u. p. dem Schutze des Besitzes am ager publicus gedient habe.

Das durchaus unzulässige dieser Argumentation leuchtet ohne weiteres ein, denn auf diese Weise ließe sich auch dartun, daß dem Depositar, dem Pächter und dem Mieter das i. u. p. zustehe: auch diese Personen haben ja eine Art possessio, welche sie ganz unzweifelhaft nicht ex jure Quiritium suam vocare können! Aelius Gallus hat hier offenbar nur die durch das i. u. p. geschützte possessio im Auge; daß eine solche dem Besitzer von Stücken des ager publicus zukam, kann unmöglich durch die erwähnte Stelle bewiesen werden.[1])

Ebensowenig geeignet, für ihn zu sprechen, wie diese erste, ist die zweite von Dernburg als Beleg herangezogene Stelle bei Cicero, de lege agraria III cap. 3 § 11, eine Stelle die übrigens schon Rudorff[2]) als einen sicheren Beweis der Anwendbarkeit der possessorischen Interdikte auf das Gemeinland angesehen hat. Es heißt dort:[3])

> Nam attendite, quantas concessiones agrorum hic noster objurgator uno verbo facere conetur: „quae data, donata, concessa, vendita“ — patior; audio; quid deinde? „possessa“ haec tribunus plebis promulgare ausus est, ut quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet, id eo jure teneret, quo qui optimo privatum! Etiamne si vi ejecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? ergo hac lege jus civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.

Zum Verständnis des Zusammenhanges mag kurz erwähnt werden, daß diese Stelle das Ackergesetz des Rullus behandelt, welches sich auf die Grundstücke der von Sulla durch die lex Cornelia Proskribierten bezog. Rullus nun, der von Cicero angegriffene Tribun — führt Dernburg hierzu dem Sinne nach aus — habe in seinem Gesetze den Zustand der Besitzer derjenigen Ackergrundstücke konsolidieren wollen, die seit dem Konsulat von Marius und Carbo aufgeteilt worden seien oder auch einen Besitzer gehabt haben. Er habe deswegen den

---

[1]) Vgl. Bekker Ztschr. S. 148 f., Karlowa RRG. S. 314, Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 621.

[2]) Rudorff Ztschr. S. 63 ff.

[3]) Vgl. Dernburg Entw. S. 30.

Gesetzesantrag gestellt,[1]) daß fortan solche possessa in das quiritische Recht des Besitzers treten, m. a. W. allodifiziert werden sollten. Gegenüber der dabei entstehenden Frage, wer bisher der wahre Besitzer gewesen, vertrete Cicero die Ansicht, daß unter possessa nur der gegenwärtige tatsächliche Besitz des „Lehngutes" (concessa in D's Sinn) verstanden werde, daß hiernach die Rechte derjenigen, denen der Besitz vi clam oder precario entrissen sei, verletzt, die Interdikte, welche jene Rechte schützen sollten, umgestürzt würden. Hieraus gehe deutlich hervor, daß für den „Lehnbesitz" am ager publicus Interdikte aufgestellt gewesen seien, welche die exceptio vitiosae possessionis enthielten. Das aber könnten keine anderen sein, als das i. u. p. bezw. das i. unde vi.

Diesen Ausführungen gegenüber ist mit Ubbelohde[2]) darauf hinzuweisen, daß Cicero im unmittelbaren Fortgang seiner Rede sagt (III § 12):

> Non mediocris res, neque parvum sub hoc verbo (sc. possessa) furtum, Quirites, latet. Sunt enim multi agri lege Cornelia publicati, neque cuiquam assignati, neque venditi, qui a paucis hominibus impudentissime possidentur. His cavet, hos defendit, hos privatos facit: hos, inquam, quos Sulla nemini dedit, Rullus non vobis assignare vult, sed eis condonare, qui possident.

Daraus ergibt sich, daß zahlreiche Grundstücke der Proskribierten weder assigniert noch verkauft, sondern von einer kleinen Anzahl von Leuten in „schamlosester Weise", eigenmächtig in Besitz genommen waren, also keineswegs im Sinne Dernburg's als „Lehnbesitz" (concessa) innegehabt wurden.[3]) Und grade die so in Besitz genommenen Grundstücke fallen mit unter die possessa des von Cicero bekämpften Gesetzesvorschlags. Die unbestimmte Fassung des Vorschlags geht sogar noch darüber hinaus und will alle zeitlich nach dem Konsulate des Marius und Carbo vorgenommenen Grundstücksokkupationen legitimieren, sollte gleich die Besitznahme vi, clam oder precario geschehen sein. Die angezogene Stelle beschränkt sich also durchaus nicht auf Gemeindeländereien und kann deswegen auch nicht als Beweis dafür dienen, daß für Cicero die Anwendung der possessorischen Interdikte auf Stücke des ager publicus sich

---

[1]) Rullus wollte im 40. Kapitel seines Ackergesetzes bestimmen: Quae post C. Marium Cn. Papirium cousules agri aedificia, lacus, stagna, loca, possessiones publice data, assignata, donata, vendita, concessa, possessa sunt, ea omnia eo jure sint, ut quae optomo jure privata sint. Vgl. Karlowa RRG. S. 314.

[2]) Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 622.

[3]) Vgl. Bekker Ztschr. S. 148. Ubbelohde b. Glück Bd. V 622. Karlowa RRG. S. 315. Das. heißt es: „Cicero will zeigen, zu welchen wahnsinnigen Ungeheuerlichkeiten die unbestimmte Fassung des Gesetzesvorschlages führen würde, wenn man das Wort possessa so allgemein, wie es laute, verstehe".

von selbst verstand, oder „daß der „Lehnbesitz“ am Gemeindelande durch Interdikte geschützt wurde, welche die exceptio vitiosae possessionis enthielten und demnach als das i. u. p. und das i. unde vi anzusprechen wären“.[1])

Auch die Bezeichnung der Inhaber und des Innehabungsverhältnisses an Stücken des ager publicus mit den Ausdrücken possessores, possessio beweist nichts für Dernburg. Denn es ist unbestritten, daß zur Zeit der Republik unter possessio keineswegs ausschließlich die possessio ad interdicta verstanden wurde, sondern daß man das Wort noch häufig in einem weiteren, die bloße Detention mitumfassenden Sinne gebrauchte;[2]) ja sogar noch in der Kaiserzeit wurde der Ausdruck possessio, wie Savigny[3]) bereits nachgewiesen hat, vielfach für nach strengem Zivilrecht nicht gültige Verhältnisse angewandt, wie possessio damni infecti nomine ex secundo decreto, possessio usus fructus, hereditatis s. bonorum possessio etc. Wird also auch inbezug auf Stücke des ager publicus von possessores und possessio gesprochen, so ist daraus mit Sicherheit nur das negative zu schließen, daß einem solchen possessor Eigentum ex jure Quiritium nicht zukam.[4])

Übrigens muß, wie Ihering[5]) mit vollem Recht bemerkt, die Möglichkeit einer Anwendung des i. u. p. auf den ager publicus auch wegen der von Festus überlieferten Fassung des i. u. p. auf eum fundum[6]) abgelehnt worden. „Ager, sagt Ihering, ist Grund und Boden schlechthin und erhält seine nähere Bestimmtheit erst durch Zusätze (publicus, privatus, vectigalis, tributarius usw.), fundus ist das durch Einheit des Betriebes gebildete landwirtschaftliche Individuum: der römische Bauernhof, beide Ausdrücke verhalten sich zu einander wie bei beweglichen Sachen in der Lehre von der Spezifikation substantia zu forma, spezies. Ager bezeichnet die Substanz, der der fundus entnommen ist, zum fundus wird er erst, um im Vergleich zu bleiben, durch die landwirtschaftliche Spezifikation, durch den einheitlichen bäuerlichen Betrieb“. Und Karlowa[7]) fügt unter Hinweis hierauf hinzu: „Die Flächen des ager publicus sind garnicht in einzelne Grundstücke, welche rechtlich Sachen für sich wären, eingeteilt. Die von Privaten, welche Stücke desselben okkupiert hatten, angebrachten Grenzzeichen schufen, bevor nicht das Okkupierte durch Staatsgesetz in Privateigentum verwandelt war, keine Sachen für sich, sie schieden das Okkupierte nicht als Sache

---

[1]) Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 623.
[2]) Vergl. l 3 § 23 D 41, 2. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 542.
[3]) Vergl. Savigny R. d. Bes. S. 199 ff.
[4]) Karlowa RRG. S. 314. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 622.
[5]) Vergl. Ihering Besitzwille S. 124 Note 1 Abs. I.
[6]) Vergl. Seite 27 u. Seite 28 dieser Abhdlg.
[7]) Vergl. Karlowa RRG. S. 317 Note 1.

für sich aus dem Ganzen des ager publicus aus. Das uti possidetis wäre in Anwendung auf den ager publicus also nur vorstellbar mit der Formel ‚uti possidetis eum locum' usw., welche gewiß nicht die älteste ist".

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß der Unterschied zwischen jenem „Lehnbesitz" an Stücken des ager publicus und dem juristischen Besitz an Privatgrundstücken ein so großer ist, daß eine Übertragung des für den „Lehnbesitz geschaffenen Rechtsmittels auf den letzteren Besitz völlig unerklärt bliebe.[1])

Kurzum die Dernburgsche Ansicht stellt sich bei eingehender Prüfung als eine völlig unbewiesene Hypothese heraus, der wir uns nach dem Vorstehenden unter keinen Umständen anschließen können.[2])

Es bleibt nun noch eine letzte Ansicht zur Besprechung übrig, nach welcher die interd. ret. poss. überhaupt und das i. u. p. insbesondere eingeführt sind aus dem praktischen Bedürfnisse, den Besitz zu schützen. Läßt schon die Unmöglichkeit, einen anderen Entstehungsgrund für unser i. u. p. zu finden, diese Auffassung recht wahrscheinlich erscheinen, so verdichtet sich diese Wahrscheinlichkeit nahezu zur Gewißheit, wenn man auf den Gedanken näher eingeht und sich die Entwicklung vor Augen führt.

Anfangs gab es in Rom überhaupt noch keinen Streit über den Besitz als solchen: geradeso wie noch heute für manchen Laien Eigentum und Besitz zusammenfällt, so wollte in ältester Zeit, wer Eigentum behauptete, auf Grund dieser Behauptung auch Besitz ergreifen. Und innerhalb der engen Grenzen des alten ager Romanus, zu einer Zeit, wo die Entfernungen der Grundstücke von der urbs nur unbedeutend, die Streitigkeiten über Grundstücke nicht so zahlreich und verwickelt, die Magistrate noch keineswegs mit Geschäften überhäuft waren, da hatte man mit der alten Sakramentsvindikation auskommen können; da konnte noch ausreichend rasch die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten erfolgen, ohne daß ein Bedürfnis nach einem bloßen Besitzschutz — losgelöst von der Frage nach dem Recht zum Besitz — dringend und fühlbar wurde. Als aber mit der Entwicklung des Verkehrs, mit der wachsenden Ausdehnung der römischen Herrschaft und damit des ager Romanus die Verhältnisse sich gänzlich anders gestalteten, als es immer mehr unmöglich wurde, die Neubegründung jedes tatsächlichen Verhältnisses zur Sache sozusagen unter den Augen der Rechtsordnung vorzunehmen, da werden diese zusammenwirkenden

---

[1]) Vergl. darüber im einzelnen Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 624.

[2]) Ebenso Karlowa RRG. S. 317. Klein a. a. O. S. 86 u. 123. Bekker Ztschr. loc. cit. Vangerow a. a. O. S. 675. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 624, zweifelhaft Witte a. a. O. S. 44. Vergl. auch Duncker a. a. O. S. 157 Anm. 2 a. E.

Umstände häufiger Eigentumsprozesse herbeigeführt haben, für welche nicht so sicher rasche Entscheidungen erwartet werden konnten, wie sie andererseits dazu geführt haben mögen, gewisse Verhältnisse, ganz abgesehen davon, ob sie in altrömisch-rechtlichen Formen ihre Begründung gefunden hatten, als schutzbedürftig anzuerkennen. Mit anderen Worten: bei der allmählich mehr und mehr sich herausstellenden Unzulänglichkeit der Sakramentsvindikation gewissen Situationen gegenüber mußte sich das Bedürfnis nach dem Schutz des Besitzes als solchen, ganz losgelöst vom Eigentum, immer dringlicher und fühlbarer gestalten. Und zwar machte sich dieses Bedürfnis zunächst vermutlich am meisten bemerkbar, wenn das Besitzverhältnis tatsächlich aufgehoben war, wenn eine Dejektion vorlag: hier wird deshalb auch zuerst durch den Erlaß eines Interdikts schützend eingegriffen worden sein. Sodann bildete sich wahrscheinlich dieser Besitzschutz auch gegenüber dem clam und dem precario possidens heraus und damit war dann der Entwicklung der Weg gewiesen: hatte man erst einmal angefangen, in den erwähnten Fällen Interdikte zum Schutze entzogenen Besitzes zu gewähren, so „mußten bald Bedürfnis und Gedanke sich regen, auch Rechtsmittel zur Entscheidung eines Streits über den gegenwärtigen Besitz und damit zur Verhütung bevorstehender Gewalttätigkeiten aufzustellen", kurz, auch ein Rechtsmittel gegen die bloße Besitzstörung zu gewähren,[1]) und diesem rein praktischen Beweggrunde verdankt also das i. u. p. seine Entstehung. Das überaus Einleuchtende dieser Auffassung ist m. E. nicht von der Hand zu weisen, und ich glaube mich ihr aus den schon erwähnten Gründen[2]) unbedingt anschliessen zu müssen.

Wie dem aber auch sei, mag man über den Entstehungsgrund des Interdikts denken wie man will, so ist doch zweifellos und von keiner Seite bestritten, daß das i. u. p. zu Ulpians Zeit außer zur Vorbereitung der Vindikation auch ganz allgemein als Rechtsmittel zum Schutze des Besitzes gegen Beeinträchtigungen diente,[3]) und nur in dieser letzteren Funktion haben wir uns nunmehr näher mit dem i. u. p. zu beschäftigen.

§ 5.

Der Wortlaut des i. u. p. und seine Bedeutung.

Das i. u. p. ist uns in mehreren Fassungen überliefert. Die eine findet sich in l 1 pr. D 43, 17; sie lautet:

---

[1]) Die Darstellung folgt hier im wesentlichen Karlowa RRG. S. 318 ff, 324, 327/8, welchem auch das zuletzt erwähnte Zitat entnommen ist. An Karlowa schließt sich an Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 628 f. Ferner ist als Vertreter dieser Ansicht zu nennen Duncker a. a. O. S. 156/7, S. 157 Anm. 2.

[2]) Vergl. weiter oben S. 13.

[3]) Vergl. Bruns Besitzklagen S. 21 und 26, ferner Bes. i. Mitt. S. 47—50, auch Schader a. a. O. S. 10.

Ulpianus libro sexagesimo nono ad edictum. Ait praetor: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus possideatis, vim fieri veto.

Eine andere Formel, die oben bereits im Zusammenhange erwähnt wurde, ist uns bei Festus erhalten:

Uti nunc possidetis eum fundum q(uo) d(e) a(gitur), quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis; adversus ea vim fieri veto.

Und schließlich gibt uns noch Gaius IV 160 eine verkürzte Fassung[1]) unseres i. u. p., wenn er sagt:

Uti n(unc) possidetis, quo minus ita possideatis, v(im) fieri veto.

Bei den Unterschieden zwischen diesen drei Formeln, von denen die von Festus berichtete ohne Zweifel die älteste ist, handelt es sich nach der herrschenden Ansicht[2]) lediglich um Fassungsverschiedenheiten; das dahinter stehende Recht war durchaus das gleiche.[3]) Wir dürfen uns dem unbedenklich anschließen.

In dem von Ulpian berichteten Wortlaut, in welchem das i. u. p. aller Wahrscheinlichkeit nach Aufnahme im Hadrianischen Edikt gefunden hat, stellt es sich dar als ein förmliches an beide Parteien gerichtetes (duplex[4]) Verbot (prohibitorium) des Prätors. Durch die Stellung im prätorischen Edikt erhielt das Interdikt aber nicht etwa die Natur eines an die Allgemeinheit

---

[1]) Diese Verkürzung auf den wesentlichsten Inhalt ist offenbar nur vorgenommen, um „die Eigentümlichkeit des par sermo zu veranschaulichen, worin der Prätor in einem duplex interdictum zu beiden Parteien spricht". Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 358, ferner weiter unten Anm. 4 dieser Seite.

[2]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 358.

[3]) Anderer Ansicht ist allerdings Klein a. a. O. S. 86—191. Er sucht daselbst nachzuweisen, daß das i. u. p. im Zusammenhang mit dem Wechsel seiner Fassung, der, wie er meint, sogar viermal stattgefunden hat, vier verschiedenartigen Funktionen gedient habe, u. zwar sei die von Gaius dargestellte Phase erst die letzte jener Entwicklungsstufen. Klein hat mit dieser Hypothese in der Literatur nicht allein keine Anerkennung gefunden, sondern er ist von Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 364—382 treffend widerlegt worden.

[4]) Gai IV 160: duplicia sunt veluti uti possidetis interdictum et utrubi. ideo autem duplicia vocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur etc. — Im einzelnen noch auf das Wesen der duplicia interdicta einzugehen, fällt aus dem Rahmen dieser Abhandlung heraus. Verwiesen werden mag lediglich auf Krüger a. a. O. S. 89 ff., Karlowa RRG. S. 1010 u. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 271 ff. Die Ansicht von Schmidt a. a. O. S. 180 ff., Eck a. a. O. S. 28 ff. u. a., welche in dem interd. dupl. sachlich nichts weiter als eine vereinfachte Zusammenfassung zweier interd. simplicia mit entgegengesetzten Parteirollen erblicken und meinen, die Doppelstellung eines jeden Streitteils sei lediglich die Folge jener Zusammenfassung, dürfte durch die Genannten genugsam widerlegt sein. — Vergl. auch Wächter, welcher a. a. O. S. 89 eine Übersicht gibt.

gerichteten und diese Allgemeinheit verpflichtenden Befehls, — etwa in der Art der zehn Gebote des alten Testaments — sondern es hatte nur die Bedeutung eines Schemas, eines öffentlich kundgegebenen Vorbildes, nach welchem im einzelnen Falle ein Interdikt, interdicti formula i. d. S., erlassen wurde, ganz ebenso, wie die im Edikt proponierten formulae actionum die Vorbilder für die im Einzelfalle wirklich erteilten actiones waren.[1]) Dieser Erlaß des Interdikts im einzelnen Falle konnte gleichzeitig von beiden Beteiligten vom Prätor erwirkt werden, und wenn sie beide etwa beabsichtigten, den Besitzanspruch zu erheben, so kam eine solche Impetration[2]) beider gewiß um so häufiger vor, als zwecks Empfangnahme des Interdikts ohnehin beide Parteien gleichzeitig vor dem Prätor[3]) erscheinen[4]) mußten. Allein notwendig war ein solches beiderseitiges Bitten um das Interdikt durchaus nicht; es genügte völlig, wenn nur ein Streitteil den Erlaß des Interdikts beantragte.[5]) Auf einen solchen — einseitigen oder beiderseitigen — Antrag erließ dann der Prätor das ernstgemeinte Verbot (interdictum reddidit), ohne zunächst in eine Prüfung der Sachlage selbst einzutreten;[6]) diese geschah vielmehr erst später in einem besonderen Verfahren vor dem judex, wenn das Interdikt die gehoffte Wirkung und freiwillige Unterwerfung nicht zur Folge gehabt hatte.[7]) Und gerade darin

---

[1]) Vergl. Schmidt a. a. O. S. 3—8, Karlowa RRG. S. 1003, Wlassak a. a. O. § 14 S. 137, Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 28/29.

[2]) So der terminus technicus.

[3]) Das ergiebt sich aus dem Umstand, daß das Interdikt mündlich erlassen wurde. Vergl. auch Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 20.

[4]) Aller Wahrscheinlichkeit nach wird die Ladung des Gegners vor den Prätor zwecks Empfangnahme des Interdikts ganz ebenso wie die Ladung vor den Prätor in Zivilsachen überhaupt, also in der Regel mittelst der in jus vocatio geschehen sein. Vergl. darüber Ubbelohde b. Glück Bd. II, S. 3.

[5]) Ein ausdrückliches Zeugnis hierfür findet sich in l. 1 § 26 D de aq. cott. 43, 20: duplex interdictum utrique competit, d. h. ein jeder von beiden hat Anspruch auf das Interdikt.

In dieser Beziehung ähneln die Interdicta duplicia also den Teilungsklagen, denn auch bei diesen braucht der formelle Angriff, die Erbittung der actio nur von einer Partei auszugehen (l 13 D de jud. 5, 1 = l 2 § 1 D comm. div. 10, 3, l 43 D fam. ercisc. 10,2) wenn gleich in zahlreichen Fällen alle Beteiligten die Klage erheben. Vergl. Eck a a. O. S. 142, ferner Karlowa RRG. S. 1003, Wächter a. a. O. S. 87, Exner a. a. O. S. 168 und Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 2 u. 292 ff, Bd. V S. 383.

Hieraus geht hervor, daß Kniep a. a. O. S. 361 oben Unrecht hat, wenn er das. meint, bei einseitiger Bitte um das Interdikt käme es nicht zu einem interdictum reddere, einem Erlaß des Interdikts von seiten des Prätors. Derselben Ansicht wie der Genannte scheint übrigens Dernburg Entw. S. 17 zu sein.

[6]) Ob der Prätor ursprünglich sein Verbot im Falle der Zuwiderhandlung als Ausfluß seines imperiums selbst vollstreckt hat, wie Schader a. a. O. S. 10 annimmt, erscheint mir zweifelhaft.

[7]) Diesen charakteristischen Gegensatz des Interdiktenverfahrens zum gewöhnlichen Aktionenverfahren hebt Gaius IV 139 hervor: Certis igitur

lag nun die Bedeutung des im Interdikt ausgesprochenen Verbotes, welches sich laut seiner Fassung stets gleichmässig an beide Parteien wendet, mithin jede für das Verfahren ex interdicto zu der Doppelrolle des Klägers und des Beklagten macht, gerade darin lag die Bedeutung, daß nunmehr jede Partei sich hüten mußte, ihm zuwider zu handeln, und infolgedessen ihre Maßnahmen genau überlegte, denn eine Verletzung des prätorischen Verbots, eine vis adversus edictum praetoris, konnte, wie weiter unten darzulegen sein wird, die schlimmsten Folgen für sie nach sich ziehen.[1])

§ 6.

Aktiv- und Passivlegitimation.

Fähig, den Antrag auf Erlaß des Interdikts zu stellen, also aktiv legitimiert für das i. u. p., war nur derjenige, qui possidet[2]) oder a quo adversarius injuste possidet.[3]) Dieser, der Impetrant, konnte das i. u. p gegen jeden beliebigen Dritten auswirken; einer besonderen Veranlassung in der Person dieses letzteren, des Impetraten, bedurfte es nicht. Allerdings wird von einer Reihe von Schriftstellern[4]) in dieser Hinsicht das Gegenteil behauptet, denn unmöglich habe man doch „ohne weiteres jeden Beliebigen auf der Straße aufgreifen, zum Prätor schleppen und dort ein vim fieri veto gegen ihn aussprechen lassen“[5]) können. Mangels ausdrücklicher Anhaltspunkte in den Quellen wird man aber doch an der obigen Auffassung festhalten müssen und zwar aus folgenden Gründen.

In der Tatsache, daß der Impetrant gegen jeden beliebigen Dritten, auch den friedfertigsten Menschen, das i. u. p. erwirken konnte, liegt bei näherer Betrachtung gar nichts so sehr auf-

---

ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit etc. Und wenn er im § 141 fortfährt: nec tamen cum quid jusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium etc. so will er damit ausdrücken, daß die auctoritatis interpositio des Magistrats nur den Anfang des Verfahrens bildet, dasselbe aber nicht erschöpft. a. M. Karlowa RRG. S. 1005.

[1]) Vergl. Wendt a. a. O. S. 303 f, Witte a. a. O. S. 1, Duncker a. a. O. S. 6, Schmidt a. a. O. S. 6 und Anm. 8 das. Ubbelohde b. Glück Bd. I S 2 ff.

[2]) Vergl. Seuffert Pand. Bd. II S. 387, Wächter a. a. O. S. 87, Schader a. a. O. S. 28, Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 486, daselbst auch über den Begriff des „possidere“.

[3]) Hier wie später (bei der exc. vit. poss.) vermeide ich es absichtlich, auf die sog. rekuperatorische Funktion des i. u. p. einzugehen, will aber nicht unterlassen, auf die Ausführungen Wächter's a. a. O. S. 89/90 hinzuweisen.

[4]) Vergl. Karlowa RRG. S. 325 und Beiträge S. 51, Klein a. a. O. S. 116/117 u. Anm. 52. das., Kniep a. a. O. S. 363, Bruns Besitzkl. S. 43 ff 62/63, Seuffert Pand. Bd. II S. 387.

[5]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 43, Karlowa RRG. S. 325, Krüger a. a. O. S. 107.

fallendes, da man ja auch sonst jeden Beliebigen verklagen kann.[1]) „Es konnte niemand sich darüber beschweren, wenn ihm durch den Prätor die Störung eines fremden Besitzes untersagt wurde. Hatte doch der prätorische Ausspruch garkeine weiteren Folgen, wenn sich der dadurch Betroffene hütete, irgendwie gegen denselben zu verstoßen. Er bezog sich ja nur auf die Zukunft und war bestimmt, Handlungen zu verhindern, auf deren Vornahme man sicher kein Recht hatte".[2])

Überdies ist, wenn man vor dem Erlaß des Interdikts eine geschehene Besitzbeeinträchtigung verlangt,[3]) das Resultat dann ein überraschendes, weil es für den Besitzer die Zumutung enthält, sich erst stören zu lassen, um prätorischen Schutz zu erlangen. Wenn man aber statt einer bereits in die Tat umgesetzten Besitzverletzung das Requisit der von dem zu Belangenden ausgegangenen Drohung[4]) für die Erwirkung des i. u. p. aufrecht erhält, so liegt auch darin noch eine ziemliche Seltsamkeit; denn wenn einer klug genug wäre, die vorherige Drohung zu unterlassen, so würde er ruhig den Besitz einmal haben stören dürfen, ohne sich gleich der Gefahr eines ungünstigen Prozesses ex interdicto reddito aussetzen zu müssen.[5]) Soll aber, wie Bruns will,[6]) die „drohende und darum gefürchtete Gefahr" die Voraussetzung für den Erlaß des i. u. p. bilden, und es damit dem Ermessen des Prätors im einzelnen Falle überlassen bleiben, zu bestimmen, welche Handlungen objektiv dazu geeignet erscheinen, eine Gefährdung des Besitzes und damit das Recht auf Erwirkung des Interdikts zu begründen, so würde damit dem Prätor die Aufgabe zufallen, in jedem Falle erst eine feine Untersuchung darüber anzustellen, ob es wirklich objektiv eine drohende Gefahr war, die vom Impetranten behauptet wurde, und es erheben sich deswegen aus praktischen Gründen die gerechtesten Bedenken gegen das von Bruns aufgestellte Prinzip.[7])

Und dazu kommt noch eins. Hält man zur Begründung des Antrages auf Erlaß des i. u. p. eine — bereits geschehene oder zu befürchtende — Besitzverletzung für nötig, so wird man notwendigerweise zu der weiteren Annahme gedrängt, daß der Prätor bereits vor dem Erlaß des Interdikts Beweiserhebungen

---

[1]) Vergl. Kindel a. a. O. S. 198.
[2]) Vergl. Witte a. a. O. S. 98.
[3]) Wie Karlowa und Kniep loc. cit.
[4]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 42 ff.
[5]) Vergl. Schmidt a. a. O. S. 152. Allerdings wird diese Eigentümlichkeit auch dadurch, daß man für den Erlaß des Interd. keine besondere Veranlassung verlangt, noch nicht völlig aufgehoben, denn unmöglich konnte der Besitzer gegen Jedermann ein i. u. p. erwirken. Immerhin aber bietet unsere Auffassung dem Besitzer doch die besseren Garantien.
[6]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 63.
[7]) Vergl. Duncker a. a. O. S. 23/24.

über die Sachlage selbst habe anstellen müssen. Dagegen spricht indessen der Charakter unseres Rechtsmittels, das vom Prätor erteilt wurde, um, wie wir sahen,[1]) gleich zu Anfang (principaliter) und offenbar noch bevor eine Untersuchung stattgefunden hatte, den Streit wenn möglich zu beendigen.

Daß freilich tatsächlich der Besitzer eines Grundstücks von der Befugnis, ein i. u. p. gegen jemand zu erwirken, nur Gebrauch machte, wenn eine Veranlassung vorlag, wird kaum zu bezweifeln sein, ebensowenig wie man annehmen kann, daß der Prätor das Interdikt „ganz ins Blaue hinein, ohne alle tatsächlichen Anhaltspunkte“ [2]) erlassen haben wird, und in diesem Sinne haben allerdings Karlowa, Bruns u. a. recht, wenn sie sagen, der Erlaß des i. u. p. müsse „irgendeine Veranlassung“ [3]) haben. Allein dergleichen bildete immer nur die tatsächliche nächste Ursache, nicht die rechtlich notwendige, und das wesentliche bleibt, daß der Impetrant Eigenmächtigkeiten irgendwelcher Art nicht erst abzuwarten brauchte, vielmehr es einer besonderen Motivierung seines Antrages auf Erlaß des Interdikts nicht bedurfte.[4])

§ 7.

Das Verfahren aus dem interdictum redditum.

Der eigentümliche Verlauf des Verfahrens aus dem interdictum redditum ist uns aus Gai. IV 166—170 ziemlich genau bekannt. Die Stelle, welche ich hier im Zusammenhange vorführen zu müssen glaube, da im folgenden häufig darauf bezug genommen werden wird, lautet gemäß Studemunds Entzifferung:

> Gai. IV, 166: — fructus licitando, is tantisper in possessione constituitur, si modo adversario suo fructuaria stipulatione caverit, cujus vis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat. haec autem licendi contentio fructus licitatio vocatur, scilicet quia — — postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem; vel — una inter eos sponsio itemque restipulatio una — ad eam fit. — — § 166a — resti — judex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit (quod) praetor interdicto conplexus est,

---

[1]) Vergl. Seite 16 dieser Abhandlung, insbes. Anm. 7 das.

[2]) Vergl. Exner a. a. O. S. 183, ferner Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 8, Witte a. a. O. S. 99.

[3]) Vergl. Karlowa RRG. S. 325, Bruns Besitzkl. S. 43.

[4]) Vergl. Schmidt a. a. O. S. 152, Witte a. a. O. S. 98/99, Duncker a. a. O. S. 22 ff, Exner a. a. O. S. 169, 173, 183, Kindel a. a. O. S. 177, Kappeyne a. a. O. S. 174, Bekker R. d. Bes. S. 255, Krüger a. a. O. S. 86/87. Ubbelohde b. Glück Bd II S. 8 f.

id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit. cum judex id exploraverit, et forte secundum me judicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit. et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio judicio condemnatur. § 167. Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere jubetur; et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit. summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. § 168. Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non probaverit, ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet. § 169. Admonendi tamen sumus, liberum esse ei, qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano sive secutorio judicio de possessione reciparanda experitur, ita similiter de fructus licitatione agere, in quam rem proprium judicium conparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actor judicatum solvi satis accipit. dicitur autem et hoc judicium secutorium, quod sequitur sponsionis; sed non aeque Cascellianum vocatur. § 170. Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et conparavit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. quorum vis et potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsionumve judicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat. itaque etsi alias potuerit interdicto Uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto — per interdictum secundarium — etc.

Hieraus geht zunächst mit aller Deutlichkeit hervor, daß zwischen einem Verfahren ex interdicto reddito primario[1]) und einem solchen ex interdicto reddito secundario scharf zu unterscheiden ist.

---

[1]) So dürfen wir es nach der Darstellung bei Gaius mit Fug bezeichnen. Vergl auch Ubbelohde b. Glück Bd I S. 295.

War das interdictum primarium in seiner oben erwähnten Form vom Prätor verkündet, so hatte jede Partei — beide glaubten ja Anspruch auf den Besitz der fr. Sache machen zu können — zur Durchführung des doppelseitigen Verfahrens zunächst eine Handlung vorzunehmen, welche, wenn demnächst gegen sie erkannt werden sollte, als eine Beeinträchtigung fremden Besitzes, eine vis adversus edictum[1]), angesprochen werden mußte. Nachdem dies[2]) beiderseits geschehen war, kam es zur fructus licitatio, d. h. der Prätor[3]) nahm eine Versteigerung der Früchte vor, um auf diesem Wege den Besitz vorläufig demjenigen einzuräumen, welcher das höchste Gebot abgab. Hieran schloß sich die fructuaria stipulatio: der Höchstbieter mußte für den Fall demnächstigen Unterliegens seinem Gegner den Betrag des Höchstgebotes zusagen, und zwar mußte diese Zusage mit satisdatio geschehen.[4]) Darauf folgten sodann gegenseitige Sponsionen in der Weise, daß beide Streitteile sich für den Fall eine Summe versprachen, daß sie demnächst einer „Besitzstörung", einer vis adversus edictum facta, für schuldig erachtet werden sollten, und nun begann das Verfahren vor dem judex, welcher zunächst untersuchte, welche Partei den Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdikts nec vi nec clam nec precario gehabt hatte, und sodann prüfte, ob aliquid adversus edictum praetoris factum sit. Dem Ausfall dieser Prüfung gemäß verurteilte er den einen der Streitenden zur Zahlung der von ihm gelobten Sponsions- und Restipulationssumme, während er den andern von der Zahlung der von ihm gelobten Summe freisprach. Eine Nachklage diente dazu, den Betrag des Höchstgebots aus der fructuaria stipulatio beizutreiben, während das Cascellianum judicium,[5]) eine zweite Nachklage, dem Sieger den Besitz[6]) von dem unterlegenen Höchstbieter verschaffte.

Dieses geschilderte doppelseitige Verfahren konnte aber nur dann durchgeführt werden, wenn eine jede Partei nach Erlaß des Interdikts alle die einzelnen Schritte vornahm, welche Gaius insgesamt mit dem technischen Ausdruck cetera ex interdicto bezeichnet. Verweigerte eine der Parteien ihre Mitwirkung bei dem einen oder dem anderen dieser Akte[7]) — enthielt sie sich

---

[1]) Auffallend erscheint der Ausdruck „edictum" statt „interdictum", das man erwartet. Daß hier jedoch „edictum" nichts anderes bedeuten kann, haben mit Sicherheit nachgewiesen Schmidt a. a. O. S. 241 f, Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 90 ff.

[2]) Nämlich etwas, was der Gegner vis adv. edictum facta betrachten mußte.

[3]) Vergl Ubbelohde b. Glück Bd II S. 155, Bd. V S. 399.

[4]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 157 ff, Bd. V S. 401, Duncker a. a. O. S. 10/11.

[5]) So genannt wahrscheinlich nach dem Prätor, der es eingeführt hat. Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 157.

[6]) Nebst Erstattung der inzwischen vom plus licitans gezogenen Früchte.

[7]) Aus welchem Grunde diese Weigerung geschah, ist unerheblich für die Folgen derselben. Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 440.

also beispielsweise nach dem Erlaß des Interdikts von vornherein jeder Handlung, die als vis adversus edictum facta gelten konnte, oder unterließ sie, obschon sie dergleichen getan hatte, doch die übrigen Schritte zur Durchführung des doppelseitigen Verfahrens, während die Gegenpartei das ihr Obliegende pünktlich erfüllte — dann war an eine Durchführung bezw. weitere Fortsetzung des erwähnten doppelseitigen Verfahrens nach Gaius nicht zu denken.[1]) Um nun in einem solchen Falle den ganzen Prozeß nicht ins Stocken geraten zu lassen, dient das interdictum secundarium. Derjenige Streitteil, welcher bis dahin das seinige zur Abwicklung des zweiseitigen Verfahrens getan hatte oder wenigstens zu tun bereit gewesen war, brauchte sich „nicht dabei zu beruhigen, daß die Untätigkeit seines Gegners die Fortsetzung dieses Verfahrens unmöglich machte“,[2]) sondern konnte gegen ihn vom Prätor das interdictum secundarium erwirken, das dieser, je nachdem der Antragsteller selbst im Besitz der fr. Sache war oder nicht, als prohibitorisches („. . vim illi possidenti ne faciat . .“) oder restitutorisches („. . restituat adversario possessionem . .“) erteilte.

Erst die Einführung des i. secundarium in seiner prohibitorischen Form[3]) hat das i. u. p. zu einer reinen Besitzstörungsklage werden lassen. Eingeführt, um den Prozeß ex interdicto reddito primario auch dann wirklich zu beendigen, wenn eine nicht besitzende Partei ihre zur Abwicklung des zweiseitigen Verfahrens notwendige Mitwirkung unterließ, hat sich das secundarium prohitorium ganz natürlich zu einem Schutzmittel des Besitzes gegen bloße Störungen ohne Behauptung eigenen Besitzes auf seiten des Störers entwickelt. Denn sobald der als Besitztörer vor den Prätor gebrachte unmittelbar nach Erlaß des interdictum duplex den Besitz des Impetranten anerkannte und es damit feststand, daß er die cetera ex interdicto nicht vornehmen werde, so handelte es sich bei dem nun zu erwirkenden secundarium prohibitorium nur noch um das unbedingte „ne illi possidenti vim faciat“, d. h. um das Verbot künftiger Störung des klägerischen Besitzes und damit um ein reines Besitzstörungsverfahren.[4])

---

[1]) Es bedarf kaum der Erwähnung, daß die Nichtbeteiligung einer Partei an dem einen oder anderen der erwähnten Akte ebensowenig als Ungehorsam wider den obrigkeitlichen Befehl aufgefaßt werden kann wie als Unterlassen der notwendigen defensio: Es ist eben nur die tatsächliche Bekundung davon, daß die fr. Partei sich auf die ihr durch das interd. redditum primarium gegebene Möglichkeit des doppelseitigen Verfahrens nicht einlassen wollte. Vergl. auch Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 296.

[2]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 441.

[3]) Die Fassung ist uns nicht berichtet. Ubbelohde b. Glück Bd V S. 446 will sie vermuten: „Uti eas aedes, q. d. a , ille possidet, quominus ita possideat, vim fiere veto“. Also ein interd. simplex. Auf das i. sec. restitutorium braucht hier nicht eingegangen zu werden.

[4]) Vergl. Meischeider a. a. O. S. 437 und vor allem Ubbelohde b. Glück Bd V S. 455—457. Das scheinbar etwas umständliche Verfahren

§ 8.

Vis realis oder vis ex conventu?

Bevor wir nun dazu übergehen, den Begriff jener vis, welche nach dem Gesagten als Besitzstörung im Sinne des i. u. p. anzusprechen ist, festzustellen, haben wir noch zu einer wichtigen Kontroverse Stellung zu nehmen.

Von einer großen Anzahl von Schriftstellern wird nämlich im Anschluß an die zitierte Stelle Gai. IV 170 angenommen, daß im klassischen Rechte zur prozessualen Abwicklung des i. u. p. als vis adversus edictum facta nicht eine ernstgemeinte „Besitzstörung", eine vis realis, sondern vielmehr eine im Einverständnis mit der Gegenpartei vorgenommene Handlung, eine bloße vis imaginaria ex conventu, gegolten habe. Da nun die vis des i. u. p , mag sie beim interd. primarium oder dem ihm folgenden interd. secundarium prohibitorium Erwähnung finden, stets ein und dieselbe Bedeutung haben muß,[1]) so ist hierzu auch von uns, die wir vorzugsweise das im secundarium prohibitorum an den Impetraten gerichtete unbedingte Besitzstörungsverbot „ne illi possidenti vim faciat" im Auge haben, prinzipiell Stellung zu nehmen und auf eine Erörterung der für diese Ansicht angeführten Gründe einzugehen.

Bei einigen dieser Schriftsteller[2]) erklärt sich die erwähnte Auffassung daraus, daß sie sich die in der obigen Darstellung des Gaius genannten cetera ex interdicto unmittelbar an den Erlaß des interdictum primarium anschließend denken. Wäre es zutreffend, daß die vis adversus edictum sofort post interdictum redditum geschah, so müßte allerdings aus rein formellem

---

brachte, wenn das Interdikt lediglich zum Schutze gegen bloße Besitzstörungen impetriert war, wenn also der Impetrat voraussichtlich nicht eigenen Besitz behaupten würde, kaum eine Verzögerung mit sich. Denn dachte der Impetrat nicht daran, eigenen Besitz geltend zu machen, so hatte er dringenden Anlaß, noch in demselben Termin, in welchem der Prätor das primarium ausgesprochen hatte, zu erklären, daß er die cetera ex interdicto nicht vornehmen würde. Er hätte sich nämlich sonst bei tatsächlicher Unterlassung der cetera ganz unnötigerweise der bisweilen vielleicht nicht geringen Unbequemlichkeit ausgesetzt, zur Entgegennahme des secundarium prohibitorium nochmals vor dem Prätor erscheinen zu müssen. Gab er jedoch sogleich jene Erklärung ab, so konnte nunmehr der Impetrant ebenfalls sogleich das secundarium vom Prätor erbitten; allerdings konnte auch ihm noch keine vis adversus edictum facta zur Last gelegt werden. Allein es würde übertrieben formalistisch, ja widersinnig genannt werden müssen, hätte man angesichts jener Erklärung des Impetraten noch erst eine reale Betätigung des impetrantischen Besitzanspruchs verlangen wollen, wo dieser Anspruch in dem Gesuch um das interdictum secundarium sich so deutlich wie möglich äußerte. Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 458/9.

[1]) Anders Kappeyne a. a. O. S. 119 ff., 125, 128, welcher einen Unterschied zwischen der vis beim i. primarium und beim i. secundarium prohibitorium machen will. — Vergl. ferner Exner a. a. O. S. 168.

[2]) Beispielsweise bei Krüger a a. O. S. 85 ff. 87 und bei Meischeider a. a. O. S. 433.

Grunde die Notwendigkeit einer vis ex conventu zugegeben werden, denn eine reale vis ist bei dem ohne Unterbrechung fortlaufenden Verfahren nicht denkbar. Allein es besteht nicht der geringste Grund für jene Annahme; im Gegenteil, es ist von verschiedenen Seiten mit überzeugender Sicherheit nachgewiesen, daß die cetera ex interdicto dem Erlasse des Interdikts nicht unmittelbar folgten und nicht zu folgen brauchten. Es hieße Eulen nach Athen tragen, wollten wir die von Bruns[1]), Schmidt[2]), Ubbelohde[3]), Exner[4]) und anderen vorgetragenen Gründe hier nochmals erörtern; es genügt zu sagen, daß die entgegengesetzte Ansicht damit völlig widerlegt ist.

Einen zweiten formellen Grund für die Notwendigkeit einer vis ex conventu macht Dernburg[5]) geltend. Nach seiner Ansicht ist das i. u. p. nichts anderes als ein Abbild der legis actio sacramento in rem; in der vis adversus edictum sieht er danach ein Gegenstück zur manuum consertio und infolgedessen natürlich einen reinen Formalakt.

Es mag hier die Richtigkeit der Dernburgschen Voraussetzung dahingestellt bleiben; jedenfalls aber muß es ohne weiteres einleuchten, daß das vim facere im Interdiktenverfahren eine ganz andere Stelle einnimmt, als das manus conserere im Sakramentsprozeß, und deswegen niemals als Analogon des letzteren betrachtet werden kann.[6]) Die manus consertio bildet grade den Anfang der legis actio, und der prätorische Befehl schließt sich dem erst an; darauf folgt dann die gegenseitige provocatio sacramento und die Bestellung des Sakraments, und als letztes schließt sich die Regulierung der Vindizien an. Beim i. u. p. (primarium) macht dagegen das prätorische Verbot grade den Anfang; dann erst — und, wie wir wissen, durchaus nicht an den Termin des interd. redditum primarium gebunden — folgt die vis; ist diese beiderseits vorgenommen, so kommt es zur fructus licitatio und den anderen oben geschilderten Akten: kurz, der Vergleich paßt durchaus nicht, und von einer Ähnlichkeit, der zufolge die vis adversus edictum eine bloß formale, symbolische sein müßte, kann in Wahrheit keine Rede sein.[7])

Die weiter für die Notwendigkeit oder wenigstens Zulässigkeit[8]) einer vis ex conventu vorgetragenen Gründe sind sachlicher Natur.[9])

[1]) Bruns Besitzkl. S. 36 ff. 41.

[2]) Vergl. Schmidt a. a. O. S. 55, 248/9.

[3]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 217 ff, Band V S 397.

[4]) Vergl. Exner a. a. O. S. 171, ferner sind noch zu nennen Schader a. a. O. S. 16 und Witte a. a. O. S. 48.

[5]) Vergl. Dernburg Entw. S. 17 ff. Pand. Bd. I S. 430.

[6]) Vergl. für das folgende Bruns Besitzkl S. 36 und ferner Ubbelohde b Glück Bd. I S. 222 f. auch Karlowa RRG S. 324.

[7]) Auf einen Widerspruch Dernburg's weist noch Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 223 Anm. 80 hin.

[8]) So Bruns, vergl. S. 28 Anm. 4 dieser Abhdlg.

[9]) Vergl. für das folgende Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 227 ff.

Kappeyne[1]) und Exner[2]) verlangen eine rein symbolische vis deswegen, weil nach ihrer Ansicht die cetera ex interdicto sämtlich Prozeßgeschäfte seien. Die Wortverbindung bei Gai. IV 170: qui vim non faciat aut fructus non liceatur, meint ersterer, spreche für einen engen Zusammenhang beider Handlungen. Die kurze Mitteilung über das vim facere bringe dasselbe nicht mit den sponsiones, sondern mit der fructus licitatio in Verbindung: die Ausdrucksweise des Gaius sei sogar eine solche, als wenn vim facere mit fructus licere eine einzige Handlung bildete. Ja, es ließe sich, hätten wir nicht Ciceros Äußerungen über die deductio quae moribus fit, die vis ex conventu, fast an eine Alternative in der Weise denken, daß, wer es nicht zur fructus licitatio habe kommen lassen und doch als Gegenpartei habe auftreten wollen, statt dessen dem Prätor gegenüber habe vim facere müssen.

Hierzu ist mit Ubbelohde[3]) zu bemerken, daß ein derartig enger Zusammenhang, wie der von Kappeyne behauptete, zwischen dem vim facere und dem fructus liceri sich aus der Gaiusschen Darstellung gar nicht ergibt: Gaius will diese beiden gleich notwendig zu den cetera ex interdicto gehörigen Handlungen nur in ihrer Reihenfolge aufzählen, und er würde verwirrt schreiben, wenn er das vim facere beispielsweise mit den sponsiones in unmittelbaren Zusammenhang gestellt hätte. Der Umstand aber, daß er den ersten Akt der cetera dem zweiten durch ein bloßes „aut“ anreiht, den zweiten Akt mit dem dritten dagegen durch ein „aut qui“ verbindet und den dritten dann mit dem vierten durch ein „aut si“, und endlich den vierten mit dem fünften durch ein bloßes „ve“ verknüpft, darf als auf einen loseren oder engeren Zusammenhang jedes einzelnen dieser Akte mit dem vorangehenden wie mit dem folgenden hinweisend nicht angesehen werden. Daraus schließen zu wollen, daß die vis adversus edictum die Natur einer Prozeßhandlung gehabt habe und deswegen notwendig eine symbolische gewesen sei, ist nicht zulässig.

Auf einem anderen Wege kommen Bruns,[4]) Meischeider,[5]) Krüger,[6]) Exner[7]) und Bekker[8]) zur Annahme einer vis ex

[1]) Vergl. Kappeyne a. a. O. S. 119 und 122.

[2]) Vergl. Exner a. a O. S. 171/2.

[3]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. I loc. cit. Derselbe weist das. S. 228 unten darauf hin, daß Kappeyne a. a. O. S. 117 ff. 128 ff. seine vis ex conventu für einen außergerichtlichen Parteiakt hält, während er die fructus licitatio vor dem Prätor stattfindend annimmt. „Schon damit aber ist ein so wesentlicher Gegensatz zwischen beiden Handlungen als solchen gegeben, daß es völlig unverständlich bleibt, weshalb gemäß der Darstellung des Gaius ihr Unterschied nicht noch größer sein könnte“.

[4]) Vergl. Bruns Bes. im Mitt. S. 45/6. Besitzkl. S. 32 f.

[5]) Vergl. Meischeider a. a. O. S. 433, 436.

[6]) Vergl. Krüger a. a. O. S. 99

[7]) Vergl. Exner a. a. O. S. 172.

[8]) Vergl. Bekker Aktionen Bd. II S. 54 N. 5 unter 3. Vergl. auch Baron Krit. Vierteljahrssch. S. 238.

conventu. Sie verstehen die erwähnte Stelle Gai. IV 170 dahin, daß hier zur Erreichung der cetera ex interdicto primario mit dem Zwangsmittel des secundarium interdictum gedroht werde, und daß — doch lassen wir Bruns, den Hauptvertreter dieses Gedankenganges hier selber sprechen: „Die Stelle, schreibt er, spricht von einer Art contumacia, wodurch die Weiterführung des Prozesses dolos gehindert werden soll. Der Prätor will die betreffenden Handlungen nicht direkt erzwingen, gibt aber statt dessen die interdicta secundaria. Nun versteht es sich aber von selbst, daß der Prätor wohl die Vornahme einer symbolischen vis ex conventu anbefehlen kann, nicht aber die einer ernstlichen und wirklichen Gewalt, und daß er wohl die Verweigerung der ersten als contumacia bestrafen kann, nicht aber die der zweiten".

Gegen diese Darstellung muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß der Prätor im interdictum primarium beiden Parteien ausdrücklich eine vis verbietet. Es kann daher nicht wohl angenommen werden, daß eben derselbe Prätor unmittelbar nach Erlaß jenes ausdrücklichen Verbots von beiden Parteien eine wenigstens formell verbotswidrige vis verlangt haben sollte, und dann später eine Partei wegen dieser gewissermaßen auf sein Geheiß verübten vis, weil sie jenem Verbote entgegen vorgenommen sei, mit schweren Strafen zu belegen.[1]) Und dazu kommt noch, daß das interdictum secundarium keineswegs nur in solchen Fällen Anwendung fand, wo „jemand aus Chikane, um die Weiterführung des Prozesses zu hindern",[2]) die Mitwirkung bei den ceteris ex interdicto unterließ. Im Gegenteil wurde dem secundarium auch dann stattgegeben, wenn jemand aus irgendwelchen anderen Motiven[3]) sich einer vis adversus edictum enthielt. War doch der Impetrat garnicht einmal in der Lage, den Erlaß des Interdikts abzuwehren; wie konnte man da von ihm, der nun nach dem Erlaß infolge der Dublizität des Interdikts, dem Impetranten sachlich ganz gleichstand, unter allen Umständen eine Mitwirkung bei den ceteris ex interdicto erwarten! Besonders in solchen Fällen, wo der Impetrat lediglich wegen bloßer Besitzstörung belangt war und überhaupt nicht daran gedacht hatte, eigenen Besitzanspruch zu erheben, war das ganze Verfahren von vornherein nur auf den Erlaß des interdictum secundarium gerichtet.[4]) Hier überall das secundarium als ein Zwangsmittel für die Vornahme der cetera ex interdicto anzusehen,

---

[1]) Vergl Kappeyne a. a. O. S. 121, 167, Ubbelohde b. Glück Bd. I Seite 225.

[2]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 35.

[3]) Beispielsweise, weil er sich inzwischen von der Richtigkeit des gegnerischen Anspruchs überzeugt hatte, oder weil er sich wegen der hohen Prozeßbußen des int. primarium auf das weitere Verfahren nicht einlassen wollte. Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 226.

[4]) Vergl. Meischeider a. a. O. S. 437, auch Pfersche a. a. O. S. 87 f.

ist völlig ausgeschlossen; und da dasselbe dem Impetraten garkeine Nachteile brachte, während die Durchführung des interdictum primarium ihm gefährlich werden mußte, so kann man also nicht einmal von der Wahl des kleineren Übels im secundarium sprechen. Wie bereits erwähnt[1]) ist das interdictum secundarium lediglich ein „Ausweg aus dem Labyrinthe des duplex interdictum für den Fall, wo nicht beide Parteien bereit sind, dessen verschlungenen Pfad bis zu Ende zu verfolgen",[2]) ein Ausweg, der um so notwendiger war, als sonst das ganze Verfahren ins Stocken geraten mußte. Die Natur eines Zwangsmittels für die Vornahme der cetera hat das secundarium nicht, und die Notwendigkeit einer vis ex conventu kann demgemäß auch aus ihm nicht hergeleitet werden.

Schließlich ist noch eine dritte Gruppe von Schriftstellern[3]) anzuführen, welche die in Ciceros Reden pro Caecina und pro Tullio erwähnte deductio quae moribus fit,[4]) eine zweifellos reine Formalhandlung, mit der vis beim i. u. p. identifiziert und damit notwendig zur Annahme einer vis ex conventu im Interdiktenverfahren gelangt.

Läßt schon der Umstand, daß beim i u. p. eine beiderseitige vis unerläßlich ist, während die deductio nur einseitig ist, solche Gleichstellung bedenklich erscheinen,[5]) so ergibt sich ihre Unrichtigkeit vollends daraus, daß Ciceros vis ex conventu vor dem ersten gerichtlichen Termine stattfand, während das vim facere beim i. u. p. gemäß der Darstellung des Gaius unzweifelhaft erst in die Zeit nach dem Erlaß des Interdikts gesetzt werden darf.[6]) Es erübrigt sich deswegen, noch weiter auf diesen Gedanken einzugehen, und wir können des weiteren auf die ausführlichen Erörterungen bei Ubbelohde[7]) verweisen.[8])

---

[1]) Siehe oben Seite 21 u. 22.

[2]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 227, sowie ferner Bd. I S. 295 ff.

[3]) Vergl. Pflüger Besitzkl. S. 24 ff. auch Kappeyne a. a. O. S. 129 ff,

[4]) Vergl. Cicero pro Caec. 1,1 sq. 7,20, 8,22, 10,27, 11,32, 12,33, 32,95, pro Tull. 8,20.

[5]) Vergl. Exner a. a. O. S. 191 N. 35.

[6]) Vergl. Exner a. a. O. S. 172, Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 240, 242.

[7]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 230 ff.

[8]) Pflüger Besitzkl. S. 33 ff. ist allerdings der Ansicht, das i. u. p. sei bei Cicero bereits vor der beabsichtigten deductio erlassen worden. Cicero schweige nur aus gutem Grunde von dem Erlasse, stelle den Besitz des Caecina als ganz außer Frage hin und verschleiere den Besitzstreit. Nun spricht Cicero aber verschiedentlich ganz offen von einer possessionis controversia, was er doch offenbar bei der Absicht einer Verschleierung des Besitzstreits nicht könnte. Und wenn die deductio quae moribus fit beim i. u. p. dem Erlaß des Interdikts erst gefolgt wäre, wie hätte Cicero, wenn er selbst sagte, daß Caecina bereits die deductio mit Aebutius vornehmen wollte, den Richtern verschleiern oder verschweigen können, daß das Interdikt bereits erlassen sei? Wenn sie es nicht selbst gewußt hätten, würden sie von jedem Juristen haben erfahren können, daß die deductio erst auf den Erlaß des Interdikts folge. Vergl. Karlowa RRG. S. 327 Anm. 3, Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 387 Anm. 5.

So können denn alle für die vermeintliche vis ex conventu beim i. u. p. vorgebrachten Gründe uns nicht von der Existenz derselben überzeugen, und bereits hieraus ergibt sich, daß das Verbot des vim facere und die vis selbst etwas durchaus ernstgemeintes war. Obendrein fehlt es aber auch nicht an guten positiven Beweisen für diese Auffassung.

Zunächst geht aus der schon von Bruns[1]) in diesem Sinne herangezogenen Stelle Cic. pro Caec. 16, 45:

„At vero hoc quidem jam vetus est et majorum exemplo multis in rebus usitatum: quum ad vim faciundam veniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsionem facere possent, ni adversus edictum praetoris vis facta esset." —

wenigsten soviel hervor, daß eine ernstgemeinte vis die Grundlage für die sponsio aus dem i. u. p. bilden konnte, und daß mithin eine symbolische vis keine notwendige Voraussetzung für den Verlauf des doppelseitigen Verfahrens war.[2])

Ferner aber waren die von den Parteien abgeschlossenen sponsiones et stipulationes durchaus ernstlich gemeinte Poenalstipulationen darüber, an adversus edictum praetoris vis facta sit. Mit vollem Recht schreibt daher Bruns:[3]) „Es wäre doch wirklich eine über alle Maßen sonderbare Form, wenn das Interdikt in der Tat garkeine Beziehung zu einer wirklichen, sei es einer stattgehabten oder wenigstens befürchteten, Gewalt hätte, doch den Prozeß mit einem Verbote der Gewalt zu beginnen, bloß um eine formale Verletzung desselben möglich zu machen, und dann über diese rein formale vis nicht etwa formale Präjudizialsponsionen, sondern sehr ernstliche und reale („magna alea") Pönalstipulationen zu schließen." Nur eine reale ernstgemeinte vis ist geeignet, diesen Widerspruch zu beseitigen.[4])

Und weiter ist es — worauf Ubbelohde[5]) in diesem Zusammenhang hinweist — nur unter der Voraussetzung einer ernstgemeinten vis zu verstehen, daß „man sich beim i. u. p. nicht mit einfachen Sponsionen begnügte, sondern Doppel-

---

[1]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 39.

[2]) Vergl. Karlowa RRG. S. 326 Anm. 3, ferner Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 260, Bd. V S. 390.

[3]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 36. Vergl. auch Exner a. a. O. S. 170.

[4]) Übrigens widerlegt Bruns mit dem Gesagten auch seine eigene Meinung, nach welcher, wie bereits angedeutet wurde (S 24 Anm. 8) eine vis ex convente beim i. u. p. zwar nicht notwendig, jedoch als Ersatz einer vis realis denkbar ist. Denn brauchte hiernach im einzelnen Falle die vis keine ernstgemeinte zu sein, so wäre es alsdann doch über eine bloße Scheingewalt zu den strengen Pönalstipulationen gekommen. — Das hat offenbar auch Schader nicht beachtet, der sich durchweg Bruns anschließt. Vergl. auch Karlowa RRG. S. 325 Anm. 3 und Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 251.

[5]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 262.

sponsionen verlangte.“ Denn die unterliegende Partei hatte ja nicht nur den begründeten Anspruch ihrer Gegenpartei bestritten, sondern außerdem eine durch den Prätor ausdrücklich verbotene Handlung verübt. Bei einem Verfahren auf Grund einer rein symbolischen vis, wo es sich sachlich doch nur um eine Feststellung gehandelt hätte, wäre eine solche doppelte Prozeßbuße „mehr als unbillig“ gewesen.

Vor allem aber würde das i. u. p. durch die vis ex convent eine völlige Sonderstellung unter den prohibitorischen Interdikten einnehmen. Eine solche ist aber nirgends auch nur im mindesten angedeutet, im Gegenteil weist die Darstellung des Gaius gradezu auf eine allgemeine Gleichheit derselben hin.[1]) Der Jurist hätte in IV, 140[2]) nicht als erstes Beispiel eines prohibitorischen Interdikts grade das interdictum retinendae possessionis nennen dürfen, wenn das in demselben ausgesprochene Verbot nicht ebenso real gemeint war, wie das Verbot der interdicta prohibitoria simplicia: er hätte „ein verwirrendes Spiel mit dem Ausdrucke prohibet fieri getrieben, wenn das i. u. p. nur der äußeren Form nach prohibitorisch wäre“.[3]) Und wenn Gaius IV 141 mit Bezug auf unser Interdikt sowohl wie auf die interd. prohib. simplicia bemerkt, es werde vor dem judex oder den recuperatores editis formulis untersucht, an aliquid adversus edictum praetoris factum sit, so müßte man seine Ausdrucksweise geradezu irreführend nennen, wenn das i. u. p. nicht auch in bezug auf die Beurteilung dessen, was als vis adversus edictum facta zu gelten habe, den gleichen Grundsätzen unterlag, wie die übrigen prohibitorischen Interdikte.[4])

Wir dürfen uns nach alledem vollauf für berechtigt halten, die vis beim i. u. p. für eine reale, ernstgemeinte anzusehen, und kommen jetzt dazu, ihre Bedeutung näher festzustellen.

§ 9.

Die vis als Besitzstörung im Sinne des i. u. p.[5])

Was ist nun eigentlich unter dieser vis, die dem Impetraten durch das prätorische „vim illi possidenti ne facias“ verboten ist, und hinter welcher sich daher die „Besitzstörung“ im Sinne

[1]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 37.

[2]) Vergl. Gai. IV 140: Vocantur — interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat.

[3]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 386.

[4]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 391.

[5]) Aus Gai. IV 170 (vergl. oben) geht mit Sicherheit hervor, daß das weitere Verfahren ex interd. primario eine vis post interdictum redditum facta voraussetzte. Damit ist die Meinung Rudorff's — Zusatz No. 131 zu Savigny R. d. Bes. S. 694 f., — wonach die vis „in der Imploration des dem gegnerischen Besitz direkt widerstrebenden Interdikts und seiner weiteren Folgen“ zu erblicken ist, von selbst hinfällig. Auch die bloße Fiktion einer vis, wie Savigny R. d. Bes. § 37 S. 398 f. meint, reicht hierzu nicht

des i. u. p. verstecken muß, wenn anders das Interdikt überhaupt eine „Besitzstörungsklage“ ist, — was ist unter dieser vis zu verstehen?

Der Name vis — Gewalt — gibt uns keine Aufklärung und nur das eine können wir von vornherein mit Sicherheit sagen, daß es sich bei den vis als Besitzstörung um eine solche Beeinträchtigung handeln muß, durch welche der Besitz des Impetranten nicht völlig aufgehoben wird.[1]) Gaius, welcher sich bei der Darstellung unseres i. u. p. zweifellos auch über Wesen und Begriff der vis ausgesprochen hat, läßt uns infolge der völligen Unlesbarkeit der in Frage kommenden Seiten in der veroneser Handschrift ohne Antwort; ebenso suchen wir in den Pandekten vergeblich nach einer Definition der vis. Allerdings findet sich in l 11 D. de vi 43, 16 eine Stelle, welcher, wenn sie im Digestentitel 43, 17 stände, bedeutsame Aufschlüsse über die vis zu entnehmen wären. Die Stelle heißt:

Pomp. lib. VI ex Plautio.

Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo sive fodiendo sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non reliquit.[2])

Nach Ansicht einer Reihe von Schriftstellern[3]) ist diese Stelle nur „aus Versehen“ in den Titel de vi gekommen, und bezieht sich eigentlich auf das i u. p. Aber von anderer Seite, insbesondere von Bruns,[4]) sind so gewichtige Gegengründe hiergegen geltend gemacht worden, daß es bedenklich erscheint, die lex ohne weiteres zur Feststellung des Begriffs der vis im Sinne des i. u. p. heranzuziehen, zumal die Begriffe der für das i u. p. und der für das i. unde vi in Betracht kommenden vis sich unzweifelhaft nicht decken.

So sind wir denn zur Feststellung dessen, was unter der vis, der „Besitzstörung“ im Sinne des i. u. p., eigentlich zu

---

aus, noch auch, wie Schmidt a. a. O. S. 55, (zustimmend Witte a. a. O. S. 55) meint, das nach Übereinkunft abgelegte gerichtliche Zugeständnis der Parteien, es sei gegenseitig eine vis vorgekommen. Endlich muß auf Grund hiervon auch die Auffassung Keller's Ztschr. Bd. XI S. 317 ff. zurückgewiesen werden, wonach grade in der fructus licitatio die vis adversus edictum facta zu erblicken sei. Eine weitere Widerlegung aller dieser Ansichten, die größtenteils zu einer Zeit aufgestellt sind, als die Handschrift des Gajus noch nicht aufgefunden war, erübrigt sich.

[1]) Dagegen stand dem Besitzer das interdictum unde vi zu. — Auf die sogen. rekuperatorische Funktion des Interdikts vermeide ich einzugehen.

[2]) Vergl corp. jur. Ausgabe von Krüger-Mommsen.

[3]) Savigny R. d. Bes. S. 401 Anm. 4, Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 480 Anm. 65 in direktem Gegensatz zu das. S. 64 Anm. 53, Schmidt a. a. O. S. 50 Anm. 31, Witte a. a. O. S. 99/100, Seuffert Pand. Bd. II S. 388 Anm. 9.

[4]) Vergl. Bruns Jahrb. Bd. IV, S. 50, ihm folgend Schader.

verstehen sei, lediglich[1]) auf die von den römischen Juristen gegebenen praktischen Beispiele des Pandektentitels 43, 17 angewiesen und müssen aus diesen den Begriff der vis herauszuschälen suchen. Beispiele sind und bleiben aber doch nur Beispiele. Und wenn schon präzise Definitionen oft verschiedene Deutung zulassen und zu zahlreichen Controversen Anlaß geben können, wieviel mehr verschiedene Ansichten können sich da erst über einen Begriff bilden, der nur an einigen wenigen Rechtsfällen exemplifiziert wird. Es darf daher nicht Wunder nehmen, daß der Begriff der vis beim i. u. p. außerordentlich bestritten ist, und wir werden im folgenden zu diesen Controversen einzeln Stellung nehmen müssen.

1. Nur positive Handlungen, oder auch dauernde Vorrichtungen?

Als vis adversus edictum kann nach den vorstehenden Ausführungen nur eine solche Beeinträchtigung des Besitzes angesehen werden, die zeitlich nach dem Erlaß des prätorischen Verbotes verübt wurde. Dieser Umstand hat eine Reihe von Schriftstellern dazu verleitet, aus den Quellenbeispielen in D. 43, 17 herauszulesen, daß nur positive störende Handlungen, nicht aber bestehende störende Vorrichtungen und Anlagen zur Begründung des Interdiktenverfahrens geeignet sind.

Bruns,[2]) nach dessen Meinung nur positive Handlungen „vis" im Sinne des i. u. p. sein können, beruft sich zur näheren Begründung seiner Ansicht vor allem auf die Worte des Prätors selbst: vim fieri veto. Schon daraus gehe hervor, daß etwas geschehen, daß gehandelt werden müsse, und daß nur ein facere auf seiten des Gegners die Voraussetzung für eine Verurteilung aus dem Interdikt bilde, während schon bestehende störende Vorrichtungen des Impetraten als „Besitzstörung" im Sinne des i. u. p., als vis, nicht angesehen werden könnten. Ihm pflichtet Witte[3]) bei, der ebenfalls in den Worten des Prätors nur das Verbot einer positiven Handlungsweise erblickt, während man „durch bloße Untätigkeit nicht gegen den ausgesprochenen Befehl verstoße.

Diese Ansicht scheint auf den ersten Blick etwas für sich zu haben. Aber wenn man bedenkt, daß diese drei Worte des

---

[1]) Ich sehe davon ab, die l 8 § 5 D. 8,5: „sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti" powie die l 3 § 2 h. t. „ . . . prohibet, uti sua possessione . . " als Bestimmungen der vis, die uns aufklären könnten, heranzuziehen. Denn damit ist einerseits nicht mehr gesagt, als was wir schon wissen, nämlich daß die vis den Besitz nicht völlig aufheben soll, andererseits läßt sich der Sinn des prohiberi, qualiter velit, suo uti, bezw. des prohiberi, uti sua possessione nur durch Heranziehung der konkreten Beispiele in D 43,17 recht verstehen.

[2]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 78.

[3]) Vgl. Witte a. a. O. S. 102.

Prätors sich auch in zahlreichen anderen prohibitorischen Interdikten wiederfinden[1]) und daher wohl kaum mehr als eine bloße Form waren, so erscheint es äußerst gefährlich, auf die Bedeutung des einzelnen Wortes wie etwa des „fieri“ in diesem Zusammenhang entscheidendes Gewicht zu legen.

Bruns führt denn auch zur Begründung seiner Ansicht weiter einzelne Quellenbeispiele an, aus denen er die Richtigkeit seiner Auffassung folgern zu können glaubt, nämlich die l 3 §§ 4—7 D 43, 17. Die l 3 § 4 D 43, 17 lautet:

> Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid juris sit. et ait Pomponius posse te ei denuntiare et vites praecidere, idque et Labeo scribit, aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco, quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quominus eas vites vel praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quo minus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur inquit Pomponius.

Das soll m. E. dem Sinne nach heißen: Wenn der Vorbesitzer meines Nachbars (auctor vicini) Reben aus meinem Grundstück auf seine Bäume hinübergerankt hat, so soll ich berechtigt sein, sie nach vorgängiger Anzeige abzuschneiden, und, wenn ich daran gehindert werde, das i. u. p. als Schutzmittel anstellen können.[2])

Aber ob diese Stelle nun wirklich im Brunsschen Sinne gedeutet werden muß, ob hieraus wirklich „besonders klar“ hervorgeht, daß „die Aufhebung eines bestehenden Zustandes durch das Interdikt nicht erzwungen werden kann“, wie Witte[3]) meint, erscheint doch recht zweifelhaft, und zum mindesten ebenso nahe liegt es mit Duncker, Schader, Dernburg u. a. anzunehmen, daß der Jurist hier auf die Frage, ob bestehende Vorkehrungen und Anlagen unter das Interdikt fallen oder nicht, gar nicht hat eingehen wollen, sondern einfach das Selbsthülferecht des Besitzers als das praktisch zunächst liegende erwähnt hat.

Zweifelhaft könnte man allerdings bei der weiter erwähnten l 3 §§ 5, 6, D. 43, 17 sein. Aber ihre Bedeutung ist, wie Bruns selber zugeben muß,[4]) außerordentlich bestritten; keineswegs wird sie von allen Schriftstellern, die sie besprechen, in gleicher Weise wie von Bruns übersetzt und verstanden,[5]) auch führt der Jurist als Grund dafür, daß dort wegen einer projectio supra vicini solum das i. u. p. nicht gewährt wird, durchaus nicht den Umstand an, daß es sich um eine dauernde Vor-

---

[1]) Zum Beispiel D 43,9, 43,14, 43,15 etc.

[2]) Vergl. auch Karlowa Beiträge S. 39 und Duncker a. a. O. S. 17 (Vergl. auch Meischeider a. a. O. S. 376.

[3]) Vergl. Witte a. a. O. S. 106, vergl. Bruns Besitzkl. S. 79.

[4]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 80 f.

[5]) Vergl. Meischeider a. a. O. S. 439, 376/7, Duncker a. a. O. S. 42 ff.

richtung handelt, sondern er sagt, das i. u. p. sei hier nicht am Platze, quia alter solum possidet, alter cum aedibus super ficiem.

Merkwürdigerweise aber vergißt Bruns — worauf Schader mit Recht hinweist[1]) — in diesem Zusammenhange auch die l 3 § 9 D. 43, 17 heranzuziehen, die grade schlagend gegen seine Ansicht spricht und als Beleg gegen ihn angeführt werden kann. Die Stelle lautet:

> Si vicinus meus in parte in pariete meo tectoria habeat et in parte sua, „uti possidetis" mihi efficax est ut ea tollere compellatur.

Hier haben wir das Interdikt ausdrücklich gegen eine störende Anlage. Die Stelle sagt nichts darüber, daß der Nachbar etwa die tectoria (Wetterdächer) erst nach dem Erlaß des Interdikts angebracht hat, und wir brauchen uns auch nicht „für befugt und geradezu für genötigt halten, anzunehmen, daß die Anlage von ihm herrühre", wie Ubbelohde[2]) verlangt. Denn es ist lediglich gesagt, daß der Nachbar die tectoria in parte in pariete meo habet. Und wenn Witte[3]) unter tectoria „bewegliche Vorkehrungen" versteht, „die eben deshalb in jedem Moment als von neuem angebracht angesehen werden können", und damit die für ihn in dieser Stelle liegende Schwierigkeit zu umgehen versucht, so ist diese Übersetzung als gekünstelt abzulehnen.

Überdies: wäre es wirklich anerkannter Grundsatz gewesen, nur in positiven Handlungen eine vis zu sehen, so ist nicht einzusehen, warum dies die römischen Juristen nicht ausdrücklich hätten sagen sollen. Wie denn überhaupt auch der Umstand, daß die Vertreter der Auffassung, das Interdikt sei immer nur gegen die Vornahme störender Handlungen, nicht gegen bestehende Anlagen und dauernde Vorrichtungen gerichtet, das von ihnen aufgestellte Prinzip selbst nicht konsequent durchführen, sondern durch zahlreiche, oft recht eigenartige „Ausnahmen"[4]) einschränken, daß sie sich selber unsicher fühlen[5]) und untereinander keineswegs einig sind,[6]) die Richtigkeit dieser Ansicht noch weniger wahrscheinlich erscheinen läßt.

---

[1]) Vergl. Schader a. a. O. S. 19.

[2]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 469, der hierdurch eine für Bruns günstige Ausnahme schaffen will. Vergl. Bruns Besitzkl. S. 80.

[3]) Vergl. Witte a. a. O. S. 107, vergl. auch Schmidt a. a. O. S. 62/63, ferner l 5 § 10 D 39,1, wo unter dem „in nostro facere" bauliche Anlagen verstanden werden müssen, wie sich aus dem Gegensatze des „in suo facere", das nur mittelst der operis novi nuntiatio verhindert werden kann, ergibt.

[4]) Vergl. beispielsweise Witte a. a. O. S. 105, Bruns Besitzkl. S. 80, 81 (Omissivhandlungen) u. a. m.

[5]) Vergl. Witte a. a. O. S. 105, 107.

[6]) Ubbelohde b. Glück Bd. V. S. 463, 466 schilt Bruns, das Verständnis zu trüben; dieser tadelt Besitzkl. S. 82 Anm 3 wieder Witte u. s. fort, Ubbelohde das. (463) auch gegen Pflüger.

Alles in allem dürfen wir daher nach dem Vorstehenden sagen, daß neben positiven Störungshandlungen auch bestehende störende Vorkehrungen und Anlagen unter das Interdikt fallen, mit andern Worten: Die Störung im Sinne des Interdikts braucht nicht erst in der Zeit nach dem Erlaß des Interdikts durch eine Handlung des Impetraten ihren Anfang zu nehmen, es ist genug, wenn sie in der Zeit nach dem Interdikt vorhanden ist. Ob aber diese vis in einer positiven störenden Handlung besteht, oder ob sie durch sogenannte Anstalten bewirkt wird, ist belanglos.[1] [2])

2. Animus turbandi.

Nichts findet sich in den Quellenbeispielen (D 43, 17), was darauf schließen läßt, daß zu einer Besitzstörung im Sinne des i. u. p. begrifflich ein sogen. animus turbandi des Impetraten erforderlich sei, d. h. daß der Störer „Absicht und Bewußtsein" gehabt haben müsse, den fremden Besitz zu stören. In allen Beispielen sind es die tatsächlichen Störungen rein als solche, welche das Verfahren ex interdicto begründen. Vom Standpunkte Savignys aus, der bekanntlich in den Besitzklagen Deliktsklagen („obligationes ex maleficio") sah,[3]) war es allerdings eine notwendige Konsequenz, bei Besitzstörungen auch einen animus turbandi des Störers zu fordern, denn das von Savigny verlangte Delikt der „Gewalt" (vis) ist ohne „Absicht und Bewußtsein" nicht denkbar.[4]) Aber nachdem, namentlich seit Iherings wuchtigem Angriff die Savignysche Lehre von der Deliktsnatur des i. u. p. allgemein aufgegeben ist, dürfen wir mangels jeglicher weiterer Anhaltspunkte in den Quellen sagen, daß die Auffassung, bei der vis müsse begrifflich notwendigerweise ein animus turbandi des Störers gefordert werden, durchaus abzulehnen ist und dem römischen Rechte nicht entspricht.[5])

---

[1]) Vergl. Schmidt a. a. O. S. 63, ferner Duncker a. a. O. S. 41, in gleichem Sinne äußert sich auch Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 467.

[2]) Ebenso muß es selbstverständlich für den Begriff der vis adversus edictum facta gänzlich ohne Bedeutung sein, ob dieselbe unmittelbar auf einer Handlung des Impetraten beruht, oder ob sie eine erst mittelbare Folge einer solcher Handlung ist. Nur darauf kommt es an, daß die Handlung mit der eingetretenen Beeinträchtigung im notwendigen Causalzusammenhange steht. Allerdings findet sich in den Quellen kein Beispiel von der Anwendung des Interdikts in solchen Fällen, aber, wie Bruns Besitzkl. S. 71—73 mit Recht bemerkt, kann ein „solches Schweigen nicht schon als Gegenbeweis gelten". Vergl. auch Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 484 ff.

[3]) Vergl. Savigny R. d. Bes. S. 396 ff. 400, ihm folgend ferner Schweppe a. a O. S. 607, Seuffert Pand. Bd. II S. 385, auch Roßhirt a. a. O. S. 206, Karlowa Beitr. S. 39, Baron Pand. S. 215, Meischeider S. 33 ff.

[4]) Wie Savigny verlangt auch Unterholzner von dem Beklagten die „Absicht zu stören".

[5]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 471, Duncker a. a. O. S. 49, Kniep a. a O. S. 435, Kuhlenbeck 420, ebenso Bruns, Windscheid, Dernburg u. Randa; Schader a. a. O. S. 24 meint, es ließe sich nach dem überlieferten Quellenmaterial nicht feststellen, ob beim Störer animus turbandi vorliegen müsse.

3. Iherings Auffassung.

Der Umstand, daß in den drei konkreetn Beispielen in l 3 §§ 2—4 D 43, 17 ausnahmslos von einem prohibere possidere die Rede ist (l 3 § 2 prohibetur . . . prohibes, § 3 prohiberet, § 4 prohibetur), hat Ihering[1]) dazu verleitet, anzunehmen, daß das i. u. p. nach römischem Recht außer störenden „Anstalten" nur sog. negative Eingriffe — d. h. solche, „welche die freie Verfügungsgewalt des Besitzers antasten, ihn an Vornahmen, die er zu treffen gedenkt, zu hindern suchen"[2]) — verbiete, in welchen zugleich „eine Aneignung des Besitzes gefunden werden" könne. Bloß positive Eingriffe des Impetraten involvieren nach Iherings Meinung keine controversia possessionis, d. h. in seinem Sinne: sie machen keine richterliche Untersuchung darüber nötig, uter possideat und fallen nicht unter den Gesichtspunkt der vis zur Behauptung eigenen Besitzes.

Eine Bestätigung dieser Auffassung findet Ihering in der „aus Versehen der Kompilatoren in den Titel unde vi (D. 43, 16) gesetzten" l 11,[3]) sowie in der l 8 § 5 D. 8, 5, und schließlich stellt er eine Gegenprobe an, indem er die Stellen untersucht, welche die positiven Eingriffe behandeln, und weist darauf hin, daß die römischen Juristen in jenen Fällen, in welchen „kein heutiger — i. e. gemeinrechtlicher — Jurist im Zweifel wäre, ihretwegen das i. u. p. zu gewähren, dies Interdikt nicht einmal als möglich erwähnen, sondern zu andern Klagen greifen, wie zu dem interd. quod vi aut clam, der actio injuriarum und der actio negatoria".

Ihering selbst schreibt zu Anfang seiner Untersuchung, er sei „durch das befremdende Resultat, zu dem dieselbe ihn geführt habe, selber nicht wenig überrascht worden" und sei „darauf gefaßt, damit großem Widerspruch zu begegnen".[4]) Dieser große Widerspruch gegen die Iheringsche vis-Auffassung ist denn auch in der Tat nicht ausgeblieben und zwar, wie hier vorweg bemerkt werden darf, mit einem für Ihering durchaus ungünstigen Resultat.

Gegen die Unterscheidung Iherings zwischen negativen und positiven Eingriffen und das daraus hergeleitete Erfordernis der Bestreitung des fremden und der Behauptung des eigenen Besitzes zur Passivlegitimation beim i. u. p. erregt schon der Umstand Bedenken, daß Ihering selbst zugeben muß,[5]) das i. u. p. könne ohne weiteres gegen störende „Anstalten" im Gegensatz zu „persönlichen Eingriffen" Anwendung finden. Warum soll, so

[1]) Vergl Ihering in Iher. Jahrb. Bd. XXIII S. 253 ff.
[2]) Vergl. das. S. 252/3.
[3]) Vergl. oben S. 30 dieser Abhdlg.
[4]) Vergl Ihering Iher. Jahrb. S 253.
[5]) Angesichts der l 5 § 10 D. 39,1, vergl. S. 37 u. 39 d. Abhdlg.

fragt man unwillkürlich, in solchen Anstalten, nicht jedoch in persönlichen positiven Eingriffen, ein Bestreiten des fremden, ein Behaupten des eigenen Besitzes, m. a. W. eine controversia possessionis im Iheringschen Sinne liegen?[1]) Dazu kommt ferner, daß die l 11 D 43, 16,[2]) wenn man sie überhaupt auf die vom i. u. p. verbotene vis beziehen will, ohne Zweifel sprachlich anders verstanden werden muß, als dies von Ihering geschehen ist. Die Worte „sive inserendo sive fodiendo etc." gehören ganz offenbar nicht zu „uti arbitrio suo", sondern zu „non sinit"; sie wollen nicht von einer Behinderung des Besitzers am Säen usw. sprechen, sondern sie bezeichnen vielmehr das Handeln des Eindringlings als vis, wenn dieser dadurch, daß er sät, gräbt usw. den Besitzer an der willkürlichen Benutzung des Grundstücks hindert. Somit erscheint es durchaus unrichtig, in jener Stelle als Beispiele der vis, welche derjenige begeht, qui non sinit possidetem eo, quod possidebat, uti arbitrio suo, nur negative Eingriffe zu erblicken: l 11 cit. beweist geradezu das Gegenteil der Behauptung Iherings.[3])

Wenn weiter in l 8 § 5 D 8, 5[4]) ganz allgemein ausgesprochen wird, daß das Interdikt Anwendung finde, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti, so braucht darin noch keineswegs ein direkter Ausschluß der Anwendung des i. u. p. jedem positiven Eingriff gegenüber zu liegen; im Gegenteil, wenn wir daran denken, daß doch beispielsweise die Immission starken Rauches uns in der Benutzung unserer Wohnung ganz erheblich behindern kann, so müssen wir es mit Ubbelohde[5]) „mindestens für willkürlich halten", wenn Ihering die in der genannten Stelle in bezug auf Raucherzeugung ausgesprochene Anwendbarkeit des i. u. p. auf den Fall beschränkt, wo der Impetrant in der Hervorbringung von Rauch verhindert wird.

---

[1]) Vergl. Schader a. a. O. S. 21/22, Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 472.

[2]) Vergl. oben Seite 30.

[3]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 63 Anm. 52a.

[4]) l 8 § 5 D. 8,5 lautet ausführlicher: Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei (serviunt: nam ius. M) servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere jus illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait, posse ita agi jus illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conducit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, jus ei non esse, fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

[5]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 477.

Völlig haltlos aber wird die Iheringsche Unterscheidung zwischen negativen und positiven Eingriffen angesichts der l 5 § 10 D. 39, 1, wo es heißt:

Meminisse autem opportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem[1]) vel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis novi nuntiatione: ceterum etc.

Hier ist klar ausgesprochen, daß das Interdikt grade da Anwendung finden soll, wo es sich um Immissionen handelt, wo persönliche positive Eingriffe in fremden Besitz vorliegen,[2]) und damit darf der Iheringsche Gedanke von dem Gegensatz der positiven und negativen Eingriffe als widerlegt gelten.[3])

Es fragt sich nun, ob Ihering wenigstens mit der Behauptung recht hat, das i. u p. sei nur anwendbar, wenn der Impetrat sich selber Besitz anmaßt,[4]) m. a. W. zum Begriff der vis beim i. u. p. bezw. secundarium prohibitorium gehöre notwendigerweise, daß der Störer eigenen Besitz behauptet. Die gleiche Auffassung findet sich auch sonst ausgesprochen, so von Wiederhold,[5]) ferner von Krüger,[6]) Rudorff[7]) und Zielonacki,[8]) in den älteren Auflagen seines Lehrbuchs auch von Vangerow und ferner — mit Modifikationen — von Pflüger.[9]) Alle vertreten sie im wesentlichen denselben Standpunkt, daß das i. u. p. nur dann am Platze ist, und eine Besitzstörung im Sinne desselben füglich nur dann vorliegt, wenn der Beklagte den Besitz für sich in Anspruch nimmt.

Diese Ansicht stellt sich dar als eine Konsequenz der rein präjudiziellen Auffassung des Interdikts. Denn wenn das i. u. p. in erster Linie die Parteirollen für einen wenigstens prinzipiell nachfolgenden Eigentumsstreit regulieren und mithin nur da

---

[1]) „Praetor" hier unzweifelhaft für „das prätorische Interdikt". Dafür spricht der ganze Zusammenhang, insbes. der hier der Kürze wegen nicht zitierte Schluß dieser lex. Ebenso Stölzel: a. a. O. S. 349 No. *) Witte a. a. O. S., Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 478 Anm. 61 Abs. 2.

[2]) Vergl. Schader a. a. O. S. 22, der irrtümlich behauptet, daß „wir in den Quellen für einen persönlichen positiven Eingriff keinen Anwendungsfall des Interdikts finden".

[3]) Auf die Iheringsche „Gegenprobe" glaube ich mich angesichts des Gesagten und im Interesse der Kürze nicht mehr einlassen zu brauchen, will aber nicht unterlassen in bezug auf sie auf die Ausführungen bei Ubbelohde b. Glück Bd. V 474 ff. zu verweisen.

[4]) Vergl. Ihering Iher. Jahrb. XXIII S. 256, 258, ebenso Exner a. a. O. S. 181.

[5]) Vergl. Wiederhold a. a. O. S. 18—38.

[6]) Vergl. Krüger a. a. O. S. 95 ff. auch 110.

[7]) Vergl. Rudorff Ztschr. S. 334 ff.

[8]) Vergl. Zielonacki a. a. O. S. 274, 275 Anm. 45.

[9]) Pflüger fordert nämlich nicht, daß der Beklagte ein jus poss. geltend macht, sondern es genügt nach ihm, wenn der Beklagte nur irgend ein Recht behauptet, vorausgesetzt, daß es sich für den Gestörten um ein privates dingliches Recht handelt. Vergl. a. a. O. S. 172.

Anwendung finden soll, wo die Parteien auch über das Recht zum Besitz uneins sind, so fehlt es natürlich an einer Voraussetzung für die Anwendbarkeit unseres Rechtsmittels, wenn über den Besitz keine Meinungsverschiedenheiten herrschen, und kann in solchem Fall konsequenterweise von einer vis, einer Besitzstörung in diesem Sinne keine Rede sein.

Wir haben uns weiter oben bei der Besprechung des Entstehungsgrundes des i. u. p. bereits über den angeblichen rein präjudiziellen Charakter dieses Rechtsmittels ausgelassen[1]) und dürfen uns hier darauf beschränken, zu sagen, daß die Ansicht, in allen Fällen das Interdikt zu verweigern, wo es an einer Besitzanmaßung des Störers fehlt, offenbar auf einer Verkennung des Unterschiedes beruht zwischen den Voraussetzungen für das doppelseitige Verfahren aus dem interdictum primarium duplex, bei welchem allerdings jede Partei schutzwürdigen Besitz für sich in Anspruch nehmen mußte,[2]) und den Voraussetzungen für das hier interessierende einseitige Verfahren aus dem interdictum secundarium, bei dem die Verurteilung, wie wir oben sahen,[3]) einfach davon abhing, ob der Impetrat eine vis adversus edictum begangen hatte. Übrigens ist schon von Bruns[4]) der Beweis geführt, daß im römischen Recht unzweifelhaft Beispiele von der Anwendung des i. u. p. auch bei rein einseitigen Störungen ohne Behauptung eigenen Besitzes sich finden, und seitdem ist die Forderung, daß der Störer sich selber Besitz anmaßen müsse, als den Quellen nicht entsprechend, mehr und mehr aufgegeben.

4. Vangerow: Bestreiten gegnerischen Besitzes.

Auch Vangerow hat den in den ersten Auflagen seines Lehrbuches vertretenen Standpunkt, daß der Störer eigenen Besitz behaupten müsse, später verlassen, hält aber nunmehr daran fest, daß eine Besitzstörung im Sinne des i. u. p. nur dann vorliegt, wenn der Beklagte wenigstens den Besitz des Gegners in Abrede nehme. Eine Stütze für seine Ansicht findet Vangerow in Ausdrücken, wie sie uns in l 3 § 2 D 43, 17 entgegentreten. Es heißt dort:

---

[1]) Vergl. oben S. 5 ff. d. Abhdlg.

[2]) Vergl. weiter oben und Ubbelohde b. Glück Bd. I u. V S. 471, Karlowa RRG. 327/8 (anders Beiträge S. 39,) Witte a. a. O. S. 109.

[3]) Vergl. Seite 22 dieser Abhandlung.

[4]) Vergl. Bruns Bes. i. Mitt. S. 47 ff. l. 3 § 3 D. 43,17 der Mieter prätendiert keinen Besitz, dennoch wird das Interd. gegen ihn gewährt. Dernburg Pand. I S. 433 Anm. 8, wie im Text ferner Vangerow in d. späteren Auflagen § 336 S. 681, 683. Bruns Besitzkl. S. 21 und 70 ff, Brinz Pand. S. 82/83, Bekker R. d. Bes. S. 254/5, vergl. auch Aktionen Bd. II S. 67, Meischeider a. a. O. S. 434 ff, Windscheid Pand. I S 714, Witte a a. O. S. 100 (Duncker irrt offenbar, wenn er a. a. O. S. 48 auch Witte zu den Anhängern der hier bekämpften Ansicht zählt), ferner Schmidt a. a. O. S. 51 Anm. 32, Schader a. a. O S. 22.

hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.

Hieraus meint Vangerow, sei zu folgern, daß nur gegen denjenigen das Interdikt gebraucht werden könne, — nur derjenige also eine vis adversus edictum verübe — „welcher auch wirklich unseren Besitz ganz oder teilweise bestreitet". Und wenn daher, fügt er hinzu, in den Quellen das Interdikt wegen einer Turbation eingeräumt werde, wo von einem Bestreiten des klägerischen Besitzes gar nichts erwähnt werde, so müsse doch „immer diese Absicht supponiert" werden.[1])

Mit Recht hat sich eine große Zahl bedeutender Juristen[2]) als Gegner dieser Auffassung bekannt.

Bedenken erregt zunächst Vangerows Schluß, „wo immer in den Quellen das Interdikt wegen einer Turbation eingeräumt ward", müsse auch wenn dies nicht ausdrücklich hervorgehoben sei, doch immer ein Bestreiten klägerischen Besitzes „supponiert" werden, denn er stellt sich als eine durchaus unzulässige petitio principii dar. Dazu kommt aber, daß diese Ansicht dem Sinne einzelner Stellen durchaus nicht entspricht. Ist es schon gar nicht einmal notwendig, in den Fällen, wo der Besitzer am Bauen verhindert wird,[3]) wo der Mieter die Reparatur des Hauses vom Besitzer nicht dulden will,[4]) wo der Nachbar mir das Abschneiden meiner Weinreben, die auf sein Grundstück hinüber gerankt sind, verbieten will,[5]) immer an ein „ganz oder teilweises" Bestreiten des klägerischen Besitzes seitens des Beklagten zu denken. Und wie man weiter, um auch die oben zitierte l 3 § 9 D 43, 17 heranzuziehen, in dem Umstande, daß der Nachbar tectoria in parte in pariete meo et in parte sua habeat,[6]) ein Bestreiten gegnerischen Besitzes unterstellen will, ist nicht recht einzusehen. Wenn es aber vollends in l 5 § 10 D 39, 1 heißt:

Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti,

so hat die Hineinlegung eines Bestreiten des klägerischen Besitzes in die klaren Worte „in nostro facere" unzweifelhaft etwas

---

[1]) Vergl. Vangerow a a O. S. 676, 681, vergl. auch Wächter Pand. S. 86 und 82.

[2]) Zu nennen sind hier: Bruns Besitzkl. S. 61, 70, 76, Bes. i. Mitt. S. 48, Witte a. a. O. S 100, Dernburg Pand. Bd. I S. 432, Bekker R. d. Bes. S. 255, Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 470, 481, Windscheid-Kipp Bd. I Seite 714/5.

[3]) l 3 § 2 D. 43,17.

[4]) Vergl. l. 3 § 3 D. h. t.

[5]) Vergl. l 3 § 4 D. h. t.

[6]) Vergl. oben Seite 33 dieser Abhandlung.

durchaus widersinniges an sich. Man muß deshalb das „possessionis controversiam facere“, welches an sich keineswegs zu einer so engen Auffassung drängt wie Vangerow sie ihm geben will, anders verstehen und ihm eine allgemeinere Bedeutung beilegen, wie Witte,[1]) Bruns,[2]) Ubbelohde,[3]) Dernburg,[4]) Windscheid-Kipp,[5]) Bekker[6]) und Wendt[7]) es getan haben. Diese Worte meint Witte mit Bezug auf den obigen Ausdruck, „weisen nur darauf hin, daß die Eigenmächtigkeiten . . . gegen die Person in ihrer Beziehung zur besessenen Sache gerichtet sein müssen, daß eine Störung des Besitzes als solchen erforderlich ist, da es ohne dies an einer vis facta possidenti fehlt. Übereinstimmend hiermit meint Bruns, man dürfe die Worte possessionis controversia nicht einseitig auf ein Bestreiten gegnerischen Besitzes beschränken. Eine solche controversia liege vielmehr stets vor, „sobald die Beziehung der Person zur Sache, ihre faktische Beherrschung der Sache“, also „ihr Besitz als solcher gefährdet oder beschränkt oder beeinträchtigt“ werde. Und Ubbelohde schließt sich dem an, indem er ausführt: „Eben in dieser Beeinträchtigung der Möglichkeit des uti sua possessione liegt die possessionis controversia, welche nach l 3 § 2 D h. t. das Interdikt begründet.

Diese Auffassung wird aber um so einleuchtender, als wenn man ihr folgt, wie mit einem Zauberschlage alle jene Schwierigkeiten wegfallen, welche sich aus Vangerows Forderung, es müsse in den obigen Quellenbeispielen stets ein Bestreiten gegnerischen Besitzes „supponiert“ werden, ergaben.

Fassen wir das Ergebnis der Widerlegung Vangerows zusammen, so dürfen wir sagen: Mit dem Ausdruck possessionis controversia ist nicht gemeint, daß „der Störende den Besitz des Gestörten leugnen“ müsse, sondern es sollte damit nur angedeutet werden, daß das i. u. p. unbrauchbar sei zum Schutze gegen solche Handlungen, welche, obwohl widerrechtlich und dem Besitzer durchaus nicht angenehm, doch die tatsächliche Verfügung des Impetranten nicht ausschließen. Possessionis controversia bedeutet demnach nicht sowohl eine Aneignung des Besitzes, auch kein Bestreiten des gegnerischen Besitzes als vielmehr eine Verletzung des gegnerischen Besitzes. Eine solche Verletzung des Besitzes (im Gegensatz zu einer Beeinträchtigung, die sich etwa nur gegen die Person des Besitzers richtet) muß sich aber stets als Eingriff in den fremden Besitzstand, als einen

---

[1]) Vergl. Witte a. a. O. S. 100 ff.
[2]) Vergl. Bruns Besitzkl. S. 61, 70, 76, Bes. i. Mitt. 48 ff. 50.
[3]) Vergl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 472, 481.
[4]) Vergl. Dernburg Pand. Bd. I S. 432, 433 Anm. 8.
[5]) Vergl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 714/15.
[6]) Vergl. Bekker R. d. B. S. 255.
[7]) Vergl. Wendt Pand. S. 307, ebenso Eck a. a. O.

Übergriff über die Grenze der eigenen Besitzsphäre darstellen.[1]) Das finden wir ausdrücklich bestätigt in der bereits erwähnten l 5 § 10 D 39, 1, wo gesagt wird, daß das i. u. p. grade da und nur da Anwendung finde, wenn jemand in nostro aliquid aedificare, vel in nostrum aliquid immittere vel proicere vult. Wer lediglich auf seinem eigenen Besitztum etwas tut, ohne dabei in irgend einer Weise (mittelbar oder unmittelbar) die Grenze zu überschreiten — so etwa heißt es da — gegen den muß man, wenn er dadurch lästig fällt, zu anderen Hilfsmitteln greifen (etwa die op. n. n. anstellen), da versagt das Interdikt. Sobald aber jemand über die Grenze hinüberwirkt, und in unseren Besitzstand eingreift — si forte in nostro aliquid facere quis perseverat,[2]) aequissimum erit, interdicto uti possidetis adversus eum uti.

5. Vis in Worten.

Auf die Frage, ob und inwieweit eine vis adversus edictum auch in Worten möglich sei, geben uns die Quellen direkt keine Antwort. Eine solche wörtliche vis ließe sich m. E. in dreifacher Weise denken:

1. in wörtlicher Nichtachtung des klägerischen Besitzes durch Anmaßen eigenen oder Bestreiten gegnerischen Besitzes,
2. in einer wörtlichen Drohung mit künftiger realer Störung,
3. in einem Untersagen der dem Kläger kraft seines Besitzes zustehenden Handlungen.

Da die Quellen uns hinsichtlich aller dieser Möglichkeiten ohne unmittelbare Auskunft lassen, so werden wir versuchen müssen, solche durch Schlußfolgerung zu gewinnen. Dazu haben wir uns die Frage vorzulegen, ob durch die genannten drei Verbalbeeinträchtigungsarten ein wirkliches possidere prohiberi des Besitzers, ein prohiberi qualiter velit suo uti, wie es in den Quellen heißt, bewirkt werden kann. Die Antwort hierauf wird m. E. lauten müssen: nein und ja, mit anderen Worten: die erwähnten Verbaläußerungen sind an sich völlig irrelevant, können aber unter Umständen relevant werden. Wie entschieden auch immer der Gegner behauptet, die wirklich fehlerfrei besitzende andere Partei habe keinen juristischen Besitz, dadurch wird an sich weder bewirkt, quominus ille ita possideat, uti possidet, noch daß der wahre Besitzer prohibetur, qualiter velit suo uti; und wie heftig auch immer der Impetrat mit künftigen Störungen (Eingriffen) drohen oder dem rechtmäßigen Besitzer Besitzhandlungen untersagen mag, auch dadurch wird der letztere

[1]) Dieses Moment hat m. E. Schader zu wenig hervorgehoben.

[2]) Auf das „perseverat“ komme ich weiter unten, S. 46 Anm. 4 a. E. noch zurück.

an sich in keiner Weise in der Verfügung über sein Besitztum beschränkt und behindert, qualiter velit suo uti. Wenn aber der Besitzer ernstlich befürchten muß, der Gegner werde seine Worte in die Tat umsetzen, wenn er sich infolge jener Äußerungen nicht mehr sicher fühlen kann und jeden Augenblick eine Verletzung seines Besitzes, einen Eingriff in sein Besitztum, erwarten muß, dann wird man sagen können, daß hier durch bloße Worte ein prohiberi qualiter velit suo uti herbeigeführt ist, und dann werden auch die Worte allein schon genügen, um eine Verurteilung dessen, der sie aussprach, herbeizuführen. In solchen Fällen braucht der Besitzer nicht eine Verwirklichung der impetratischen Äußerungen abzuwarten, hier ist in den Worten schon eine vis adversus edictum enthalten.[1])

§ 10.

Die Verteidigung des Beklagten.

Sind damit die Kontroversen aus D 43, 17 über den Begriff der vis beim i. u. p. hinreichend behandelt, so ist nunmehr, bevor das Resultat dieser Besprechungen gezogen werden kann, noch darauf einzugehen, welche Verteidungsmittel der Impetrat, welcher nach dem Erlaß des secundarium prohibitorium eine vis verübt hat, gegenüber der Klage aus der sponsio poenalis geltend machen kann, und ob er sich auf ein „feci, sed jure feci“ zu berufen vermag.

1. exceptio vitiosae possessionis.

Daß der Impetrat der reinen Besitzstörungsklage, dem secundarium prohibitorium, gegenüber nicht gemäß der sog. exceptio vitiosae possessionis die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes und einen mit Rücksicht auf diese ihm selbst zustehenden Anspruch auf den Besitz geltend machen kann, ergibt sich aus der obigen Darstellung des Interdiktenverfahrens.[2]) Die genannte

[1]) Ich verkenne das unfruchtbare derartiger Spekulationen nicht und will sie deshalb nicht noch ins einzelne ausspinnen. Im Hinblick auf die spätere Rechtsentwicklung glaubte ich jedoch die Frage der Verbalstörungen schon hier wenigstens berühren zu müssen — In gleicher Weise wie die Verbalstörungen dürften übrigens Drohungen rein tatsächlicher Art, insbes. Vorbereitungen demnächstiger Störungen zu beurteilen sein. Auch hier kommt es für das Urteil darauf an, ob die Vorbereitungen die Befürchtung einer baldigen tatsächlichen Besitzstörung objektiv rechtfertigen. Tun sie das, so sind sie m. E. als vis anzusehen. — Selbstverständlich muß aber in allen diesen Fällen die befürchtete „Störung“ von der Art sein, wie im Text angegeben, nämlich sich als Übergriff von seiten des — verbal oder real — Drohenden, als Eingriff in das Besitztum des Bedrohten, charakterisieren.

[2]) Vergl. oben Gai. IV 170: — itaque etsi alias potuerit interdicto uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto — per interdictum secundarium. — Vergl. dazu Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 297, Bd. V S. 443/4, auch Bd. II S. 200, ferner Kappeyne a. a. O. S. 166 f. Anderer Meinung Schader a. a. O. S. 27, Wendt Pand. S. 307 und viele andere.

exceptio hat danach lediglich für das interdictum primarium Bedeutung; wollte sich der Impetrat hierauf nicht einlassen, und war infolgedessen das secundarium ergangen, so war nunmehr die exceptio vitiosae possessionis ohne praktische Bedeutung.[1])

2. Berufung auf dingliche oder obligatorische Rechte.

Auch die Berufung auf ein dingliches oder obligatorisches Recht kann dem Beklagten nicht vor der Verurteilung schützen. Ist es doch sogar dem Eigentümer nicht erlaubt, den ihm nicht etwa injuste vorenthaltenen Besitz seiner Sache eigenmächtig zu ergreifen oder zu stören;[2]) um wieviel weniger ist da erst der Inhaber eines jus in re aliena, etwa der — in der juris quasi possessio nicht befindliche — Servitutberechtigte oder der Faustpfandgläubiger, befugt, auf Grund seines Rechts als solchen in den fremden Besitz straflos einzugreifen, oder nun gar erst der Mieter oder Pächter berechtigt,[3]) eigenmächtig den Besitz über das vermietete oder verpachtete Grundstück auszuüben und damit zu verletzen, sie, die doch nur zu einer persönlichen Forderung berechtigt sind![4])

3. Geltendmachung einer quasi possessio.

Nur wenn die Handlung, in welcher der Impetrant eine vis adversus edictum facta zu erblicken meint, lediglich als Ausübung einer dem Impetraten zustehenden juris quasi possessio[5])

---

[1]) Die gen. Exceptio findet sich in dem oben mitgeteilten Wortlaut der Formel, wo der Prätor sein vim fieri veto zum Schutze des gegenwärtigen Besitzers nur für den Fall ausspricht, daß dieser nec vi nec clam nec precario ab adversario possidet. Hatte also der Impetrant infolge eigenmächtiger Entziehung (vi) oder infolge heimlicher Entziehung (clam) oder infolge einer freiwillig auf willkürlichen Widerruf geschehenen Übergabe der Sache (precario) vom Impetraten den Besitz erlangt, so war eine Beeinträchtigung dieses Besitzes durch das i. u. p. nicht verboten. — Auf die mit der exceptio vitiosae possessionis zusammenhängende sog. rekuperatorische Funktion das i. u. p. noch einzugehen, dürfte aus dem Rahmen dieser Abhandlung herausfallen. Vergl. Duncker a. a. O. S. 128, Wächter a. a. O. S. 88.

[2]) Vergl. Windscheid-Kipp Bd. I § 158 S. 711 Anm. 2, Duncker a. a. O. S. 129, Ihering in Iher. Jahrb. Bd. IX S. 43, ebenso Ubbelohde.

[3]) Da die gem. dem Miets- bezw. Pachtvertrage ihnen zustehenden Rechte als Rechtsbesitz nicht geschützt werden, so stehen den obligatorisch Berechtigten wegen ihrer vertragswidrigen Entziehung oder Beschränkung lediglich die Kontraktsklagen zu.

[4]) Anders Schader a. a. O. S. 24 ff. Die Darstellung daselbst S. 25 beruht m. E. auf der irrigen Annahme, daß im klass. röm. Recht jedem, der ein Recht an der Sache hat, zugleich „eine juris quasi possessio zur Seite steht". Ist dies doch nicht einmal bei allen Servituten der Fall, (wie Schader a. a. O. S. 26 anzunehmen scheint) viel weniger aber beim Faustpfandrecht etc.

[5]) Über deren Wesen u. Bedeutung vgl. weiter unten am Schlusse dieser Abhandlung.

sich darstellt, welche die corporis possessio des Gegners beschränkt,[1]) dann kann der Impetrat nicht verurteilt werden: wenngleich eigenmächtig vorgenommen, fällt eine solche Handlung gar nicht unter das prätorische Verbot der vis.[2])

4. Berufung auf allgemeine Rechtsgrundsätze pp.

„Und selbstverständlich liegt eine eigenmächtige Verfügung des Impetraten überhaupt nicht vor, sofern die einzelne Handlung, welche als solche angegriffen wird, unter Ermächtigung des Impetranten vorgenommen worden ist, — ganz einerlei übrigens, ob diese Ermächtigung auf Grund eines dem Impetraten eingeräumten Rechtes erfolgt war, oder als völlig unverbindliche Erlaubnis".[3]) Ebenso ist eine vis adversus edictum facta in dem Falle als vorliegend nicht anzunehmen, wenn der Impetrat etwa in Ausübung berechtigter Selbsthilfe oder einer Legalservitut die fragliche Handlung vorgenommen hat, sich also auf eine nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ihm zustehende Befugnis berufen kann.[4])

5. Verjährung.

Schließlich ist als Verteidigungsmittel des Impetraten in einem gewissen Sinne noch die Verjährung zu erwähnen, von welcher es in l. 1 pr. D. ht. heißt:

> neque pluris, quam quanti res erit: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

Daß hier nicht von einer Verjährung des Interdikts selbst, d. h. von einer Verjährung der Befugnis das Interdikt zu erwirken, die Rede sein kann, dürfte heute wohl von keiner Seite mehr bestritten werden.[5]) Vielmehr kann es sich nur um eine Verjährung der Befugnis, nach Erlaß des Interdikts entstandene Ansprüche geltend zu machen, um eine Verjährung des agere ex interdicto

---

[1]) so beispielsweise, wenn der Impetrat als juris quasi possessor einer Wegegerechtigkeit innerhalb der Grenzen seiner geschützten Rechtsausübung über das im Besitz des Impetranten befindliche Grundstück geht, reitet oder fährt. Vgl. auch Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 459,60 (das. S. 460 Druckfehler: Wohngerechtigkeit statt Wegegerechtigkeit).

[2]) Vgl. Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 459, Duncker a. a. O. S. 131 ff., Windscheid-Kipp a. a. O. § 158 S. 711 Anm. 2, Savigny R. d. Bes. S. 473, Meischeider a. a O. S. 438, anders Witte a. a. O. S. 113 ff., vergl. auch Rudorff Ztschr. S. 344, Eck a. a. O. S. 32 ff., Krüger a. a. O. S. 104 ff. Auf die Frage, in welcher Weise praktisch der Quasipossessor sein Recht geltend macht, habe ich nicht eingehen zu sollen geglaubt. Vgl. darüber Duncker a. a. O. S. 133.

[3]) Vgl. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 321, Bd. V S. 460.

[4]) Ebenso Windscheid-Kipp a. a. § 158 S. 711 Anm. 2, Schader a. a. O. S. 24/25.

[5]) Schon die Frage, von welchem Zeitpunkt an denn diese Verjährung laufen sollte, zeigt die völlige Unmöglichkeit dieser Auffassung. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 119, Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 492 ff.

reddito handeln.[1]) Bei dem hier interessierenden interdictum secundarium prohibitorium erwuchs ein mittelst des agere ex interdicto verfolgbarer Anspruch erst aus einer Verletzung des im Interdikt ausgesprochenen Verbots, d. h. in dem Augenblick, wo der Impetrat eine vis adversus edictum verübt hatte. Nur innerhalb eines annus utilis nach diesem Zeitpunkte konnte also der Impetrant seine Ansprüche wegen dieser Besitzverletzung geltend machen;[2]) ließ er den für das agere ex interdicto sec. prohib. gesetzten annus utilis unbenutzt verstreichen, so war er später nicht mehr imstande, den Impetraten wegen der verübten vis zur Rechenschaft zu ziehen und seine Verurteilung herbeizuführen.[3])

§ 11.

Zusammenfassende Definition der „vis".

Der Begriff der vom Prätor verbotenen vis ist, wie sich aus dem Vorstehenden ohne weiteres ergibt, ein äußerst komplizierter, der sich nicht in die knappe Form einer gewöhnlichen Definition zusammendrängen läßt. Fassen wir das Ergebnis unserer Untersuchung über die vis adversus edictum in möglichster Kürze zusammen, so dürfen wir sagen:

Vis, als Besitzstörung im Sinne des römischen i. u. p, ist jeder nach dem Erlaß des secundarium prohibitorium vorgenommene absichtliche oder unabsichtliche Eingriff in eine fremde Besitzsphäre, durch welchen der bisherige Besitz nicht völlig aufgehoben wird, es sei denn, daß dieser Eingriff auf Grund einer quasi possessio, oder auf Grund einer aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen bezw. aus der Einwilligung des Besitzers abgeleiteten Befugnis vorgenommen wurde, oder bereits länger als ein annus utilis zurückliegt.[4])

---

[1]) Vgl. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 496 ff., Bd. V S. 559 ff. ferner die Lenel'sche Rekonstruktion (Ed. perp. S. 379 unter 2); „neque pluris, quam . . . fuerit, sponsionem restipulationemque facere permittam". Wendt Pand. S. 307, Wächter a. a. O. S. 88 sub b, Vangerow a. a. O. § 336 No. 6, Puchta Pand. § 133, Exner a. a. O. S. 177 Anm. 16 ferner vgl. Schmidt a. a. O. 119 und auch noch Keller a. a. O. (Ztsch.) S. 108 (ungenau Schader a. a. O. S. 28) u. Savigny R. d. B. S. 411. Anderer Meinung Duncker a. a. O. S. 138 vgl. dazu Witte a. a. O. S. 147, Bruns Besitzkl. S. 44, 56 (auch Dernburg Pand I S. 435).

[2]) Vgl. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 506/7.

[3]) Wegen einer späteren, auch ganz gleichartigen vis dagegen blieb es ihm unbenommen, vorausgesetzt, daß er im Besitz geblieben war, gegen den Impetraten vorzugehen.

Vgl. übrigens l 4 D 43. 1: ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum cum quo agitur pervenit, post annum judicum dandum Sabinus respondit. (Bereicherungsklage).

[4]) vis in Worten kann außerdem nach dem auf Seite 41 f. Ausgeführten vorliegen, wenn ein solcher Eingriff objektiv unmittelbar bevorsteht. Im Hinblick auf das Schweigen der Quellen vermeide ich es, die verbale vis mit in die Schlußdefinition aufzunehmen.

Gleichgültig ist, ob dieser Eingriff durch positive oder negative Handlungen oder durch sogen. Anstalten geschieht, gleichgültig auch, ob der Störer eigenen Besitz auszuüben behauptet oder nicht, oder ob er den Besitz des Gestörten bestreitet; gleichgültig endlich, ob der Störer sich dabei auf dingliche oder obligatorische Rechte beruft: es genügt rein objektiv der Eingriff als ein solcher.[1]) Dagegen fällt ein Gebahren, welches die faktische Herrschaft des Besitzers nicht antastet und nicht in seinen Besitzstand eingreift, welches keine Beziehung auf den Besitz als solchen hat, sondern sich etwa nur gegen die besitzende Person[2]) oder die besessene Sache[3]) richtet, nicht unter den Begriff der vis als Besitzstörung im Sinne des i. u. p.[4])

---

[1]) Vgl. die Definitionen bei Bruns Besitzkl. 67 u. Bes. i. Mitt. S. 53 ferner Exner a. a. O. S. 181.

[2]) so beispielsweise wenn dieselbe innerhalb ihres Besitztums tätlich injuriiert wird.

[3]) so beispielsweise wenn der Besitzer eines tiefer liegenden Grundstückes auf diesem, ohne die Grenze zu überschreiten und in die Besitzsphäre des Oberliegers einzugreifen, Erdwälle gegen abfließendes Regenwasser errichtet und dadurch das Grundstück des höher gelegenen Besitzers der Gefahr der Versumpfung aussetzt. In solchem Falle liegt kein Eingriff, kein vis vor, und das i. u. p. kann hier nicht helfen.

Bisweilen wird es allerdings streitig sein können, ob im Einzelfalle vis vorliegt oder nicht, so beispielsweise in dem bekannten Thibautschen Fall der „nächtlich in das Haus einbrechenden Spektakulanten". Erblickt man hierin lediglich eine Injurie, so ist das i. u. p. nach dem im Text gesagten nicht anwendbar. Vgl. die folgende Anm.

[4]) Hiernach ist auch ein einmaliger Eingriff in den Besitz, der keine nachwirkenden Spuren hinterläßt u. auch keine Wiederholung befürchten läßt, als vis adversus edictum, Besitzstörung im Sinne des i. u. p. zu bezeichnen, und der Richter hat, wenn solcher Eingriff stattfindet, nachdem das i. sec. prohib. gegen den Täter ausgewirkt ist, zweifellos zu sagen: vim fecisti, quonimus ille ita possederit, uti possedit. Von einem Schadensersatz kann allerdings in solchem Fall mangels einer Beschädigung keine Rede sein. Ebenso Schmidt a. a. O. S. 51 Anm. 32 (Schmidt behandelt das. den Fall der Thibautschen Spektakulanten, in deren Betragen er eine vis. adv. ed. erblickt). Anders Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 481 Anm. 66, dessen Darstellung der vis sich im übrigen mit der von uns im Text vertretenen wesentlich deckt. Ubbelohde ist nach den von ihm l. c. S. 482 gewählten Beispielen der Ansicht, daß ein einmaliger vorübergehender Eingriff in eine fremde Besitzsphäre an sich keine vis ist, daß er vielmehr nur in dem Falle als vis sich darstellt, „wenn er Anspruch auf Schutz in seiner Wiederholung begründet." Abgesehen davon, daß U. durch zum Teil schlecht gewählte Beispiele seiner Theorie selbst widerspricht (S. 482 verweigert er das i. u. p. auch in solchen Fällen, wo „der Hirt es nicht verhindert, daß die seiner Obhut anvertrauten Tiere wiederholt auf fremden Äckern unbefugt zur Weide gehen" oder wo „Hühner und Gänse durch die Zaumlöcher in Hof und Garten des Nachbarn zu laufen pflegen") halte ich überhaupt seine Ansicht für das römische Recht nicht für zutreffend. Das Verbot des Prätors enthält hiervon ebensowenig wie es die Beispiele in D. 43, 17 tun. Hat also ein solcher Eingriff stattgefunden, nachdem das i. sec. proh. erlassen ist, so bleibt dem Richter nichts anders übrig, als wie erwähnt, zu sprechen.

Für das gemeine Recht allerdings und für das B. G. B. ist, wie wir sehen werden, hierin eine Änderung eingetreten. Und daß schon die

§ 12.

Spätere Rechtsentwickelung in der Kaiserzeit.

Seit der Zeit der Kaiser Diocletian und Maximian fand das oben geschilderte Interdiktenverfahren keine Anwendung mehr, sondern ging in dem allgemein aufgekommenen Extraordinarverfahren unter.[1])

l 3 Cod. de interd 8,1:

interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.

Lediglich ad exemplum, nach dem Vorbilde der Interdikte, oder wie es an anderen Stellen heißt, „secundum sententiam interdicti",[2]) „interdicti exemplo",[3]) „secundum edicti ... tenorem",[4]) „ad instar interdicti"[5]) erfolgte die gerichtliche Verhandlung. Eine Impetration des prätorischen Verbotes mit allen seinen Folgen fand nicht mehr statt, sondern:

perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.[6])[7])

Streitig ist nun, in welcher Weise dieser Ersatz des alten Interdikts durch die utilis actio ex causa interdicti zu denken ist. Von einer ganzen Reihe von Schriftstellern[8]) wird angenommen, daß an die Stelle des ehemals im Interdikt ausgesprochenen prätorischen Spezialverbotes nunmehr einfach ein generelles, an die Allgemeinheit gerichtetes Verbot getreten sei, daß mithin jedermann so behandelt wurde, als habe der Prätor ihm gegenüber sein vim fieri veto ausgesprochen; und jedes

---

Entwicklung des röm. Rechts darauf hinzielt, hat Exner a. a. O. S. 181 Anm. das. richtig erkannt, wo er auf das „perseverat" in l 5 § 10 D. op. nov. nunc. (Vgl. oben S. 39, 41 Anm. 2 dieser Abhdlg.) weist, wenngleich seine Schußfolgerung hieraus für das römische Recht m. E. nicht zutrifft.

[1]) Vgl. Schmidt a. a O. S. 321, Bruns Beskl. S. 53, Witte a. a. O. S, 126, Dernburg Pand. I S. 431, Bekker Aktionen Bd. II S. 51.

[2]) Vgl. l 1 § 1 Cod. quod. legat. 8, 3.

[3]) Vgl. l 2 Cod. unde vi 8, 4.

[4]) Vgl. l 2 Cod. quor. bon. 8, 2.

[5]) Vgl. l 4 Cod. unde vi, 8, 4.

[6]) § 8 Institut. IV. 15.

[7]) Über den Grund des Unterganges des Interdiktenverfahrens äußert sich Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 415 f.: „ . . . als mit dem Wegfall der periodischen Gerichtsversammlungen alle Rechtsstreitigkeiten, abgesehen von den für die Einzelsache stattfindenden Verhandlungsfristen, unverzüglich zur Aburteilung gelangen konnten, waren zugleich dem Interdiktenverfahren die Voraussetzungen der Lebensfähigkeit abgeschnitten." Anders Bekker Aktionen Bd. II S. 56 f., Schmidt a. a. O. S. 319 ff., welche den Untergang des Interdiktenverfahrens nicht für eine innere Notwendigkeit, sondern lediglich für „eine zweckmäßige Ausgleichung", im übrigen aber rein äußerliche Erscheinung halten.

[8]) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 328 f. 330, Witte a. a. O. S. 126/7 ferner Rudorff Ztschr S. 360. Letzterer hat die actio utilis ex causa infolgedessen als das alte judicium secutorium ohne Interdikt bezeichtet.

Gebahren, welches ehemals nach dem Erlaß des Interdikts vorgenommen als vis adversus edictum sich darstellte, sollte nunmehr die geeignete Veranlassung der actio utilis ex causa bilden können. Damit wäre dann die possessorische Klage statt wie in früherer Zeit eine Klage ne vis fiat zu sein, zu einer Klage quod vis factum est, mithin zu einer Deliktsklage, geworden, mit welcher lediglich Schadensersatz wegen erfolgter vis, wegen Verletzung des allgemein und unmittelbar wirksamen Verbotes, verlangt werden kann.[1])

Diese Auffassung von der Bedeutung der utilis actio ex causa interdicti kann jedoch als richtig nicht anerkannt werden, denn sie beruht auf einem falschen Verständnis des zitierten § 8 J. IV 15. Anstatt zu lesen:

perinde . . . atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset

haben die Vertreter dieser Meinung gelesen, als stände dort:

perinde . . . atque si interdictum redditum fuisset.

Also nicht „wie wenn ein Interdikt erlassen wäre" sollte hier verfahren werden, sondern es sollte ausgesprochen werden, daß fortan ohne Interdikte in gleicher Weise geurteilt werde, wie wenn aus dem Grunde aus welchem ehemals ein Interdikt erging, eine gewöhnliche Klage gegeben wäre;[2]) man brauchte also aus der causa des Interdikts kein Interdikt mehr zu fordern, sondern konnte gleich direkt klagen, und die neue actio bezweckte ganz ebenso wie das alte i. u. p., die Verhinderung desjenigen, was bisher durch das i. u. p. selbst verboten wurde, nämlich die Verhütung von Störungen, ist also keine Deliktsklage geworden, sondern eine Klage auf Schutz im Besitze geblieben.[3])

Allerdings darf dies nicht so verstanden werden, als ob nunmehr das Urteil aus dieser actio ohne jede Klagebegründung bezw. Beweiserhebung — analog dem i. u. p.[4]) — auf ein ganz allgemein gegen die Vornahme von vis gerichtetes Verbot gelautet hätte; vielmehr mußte der Kläger dem Richter fortan positive Grundlagen für den Urteilsspruch beibringen, und erst wenn dieser sich von der begründeten Besorgnis des Klägers überzeugt hatte, richtete er sein bestimmtes Verbot an den „in der Untersuchung unterlegenen" Beklagten. Zum Schadensersatz wegen verübter Störung wurde der Unterliegende lediglich soweit verurteilt, als der Schade aus einer Übertretung nach Anstellung der Klage erwachsen war.[5]) Es kann nicht die Aufgabe dieser

---

[1]) Vgl. Anm. 8, S. 47.

[2]) Vgl. Bruns Besitzkl. S. 53/54, Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 465, Schader a. a. O. S. 35. vgl. auch Witte S. 126 ff.

[3]) Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 481, Bruns Besitzkl. S. 54.

[4]) Vgl. oben S. 16 dieser Abhandlung.

[5]) Vgl. Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 488, 515, Bd. V 702 ebenso Schader und Bruns.

Abhandlung sein, im einzelnen eine Darstellung des Extraordinarverfahrens zu geben. Erwähnt mag nur werden, daß auch die actio utilis doppelseitig war, d. h. daß dem Beklagten wie bisher die Möglichkeit blieb, ohne Wiederklage eine Verurteilung des Klägers zu erzielen; ferner, daß auch hier der Prozeß nicht zum judicium duplex wurde, wenn der Beklagte selbst keinen Anspruch auf den Besitz erhob. Und zwar beschränkte sich dann, ohne daß es der Erhebung einer neuen Klage ex causa des geeigneten interd. secundarium bedurfte, infolge des beklagtischen Verzichts auf den Besitzanspruch die Klagebitte ohne weiteres auf die Verurteilung des Beklagten, den Kläger nicht im Besitz zu stören;[1]) etwas der Scheidung zwischen interd. prim. und interd. secund. ähnliches gab es fortan nicht mehr.[2])

Trotz dieser in mancher Beziehung tiefgreifenden Änderung des Verfahrens hat aber das Rechtsmittel nach der materiellen Seite hin im späteren römischen Recht seinen Charakter bewahrt: die Klage ex causa ist, wie wir sahen, nicht eine Klage wegen verübter vis, eine Deliktsklage, geworden, sondern sie ist eine Klage ne vis fiat geblieben und richtet sich nach wie vor in erster Linie auf die Verhinderung desjenigen, was mittelst des i. u. p. selbst verboten war, nämlich der vis. Demgemäß ist der Begriff der vis, wie wir ihn oben zu definieren versuchten, auch für die actio utilis ex causa interdicti des späteren römischen Rechts derselbe geblieben, indem der Augenblick der Litiskontestation an die Stelle trat, welche früher der Augenblick des interdictum redditum bezeichnet hatte.[3])

---

[1]) Vergl. des weiteren, insbes. über die Notwendigkeit einer cautio Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 700—704, Bruns Besitzkl. S. 54/55 (auch Ubbelohde das. Bd. II 483, 511), Witte a. a. O. S. 126.

[2]) Vgl. die zu [1]) genannten und Exner a. a. O. S. 181 Anm. 24.

[3]) War es nicht die Aufgabe der actio utilis eine geschehene vis zu bestrafen, so werden wir diejenigen Stellen in den Pandekten, in welchen als Voraussetzung für ein prohibitorio interdicto teneri, conveniri posse etc. eine bereits geschehene vis verlangt wird, mit Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 482 dahin erklären müssen, daß diese vis facta „entweder von einer Handlung zu verstehen ist, welche nach der Litiskontestation aus der Klage ex causa interdicti stattgefunden hat, oder von einer solchen, welche vom Beklagten zwar vor der Litiskontestation vorgenommen ist, deren fortdauernde Wirkung jedoch als vis . . . gilt".

Über die Verjährung der actio utilis vgl. Ubbelohde b. Glück Bd. I S. 514 letzter Absatz, folgende Seiten.

B. Zweiter Teil: Gemeines Recht.

§ 13.

Das possessorium ordinarium als Besitzstörungsklage des gemeinen Rechts.

Wir kommen nunmehr zur Darstellung des gemeinen Rechtes.

Im gemeinen Rechte diente zum Schutze des Besitzes gegen Störungen das possessorium ordinarium, also die „ordentliche Besitzklage", und dieses Rechtsmittel ist nach herrschender und, wie wir heute wohl sagen dürfen, richtiger Ansicht im Grunde nichts anderes, als unser altes i. u. p. bezw. die actio utilis ex causa.[1])

Was das Verfahren betrifft, so bietet es allerdings jetzt gar keine Besonderheiten mehr. Nachdem, wie wir sahen,[2]) bereits im spätrömischen Rechte mit der Einführung der utilis actio ex causa die Scheidung zwischen dem primarium und dem secundarium interdictum geschwunden war, hat das Rechtsmittel im gemeinen Recht auch seine Duplizität verloren und ist zu einer actio simplex gewöhnlichen Schlages geworden. Natürlich bleibt es dem Beklagten unbenommen, seinerseits ähnliche Anträge zu stellen, wie zuvor der Kläger getan hat; aber dann liegt nur eine gewöhnliche Wiederklage vor, nicht aber gestaltet sich der Prozeß zu einem judicium duplex.[3])

Voraussetzung der Aktivlegitimation ist beim p. o. ebenso wie beim i. u. p. juristischer Besitz,[4]) und das Urteil geht nach

---

[1]) Anderer Meinung ist Delbrück a. a. O., welcher das poss. ordin. als eine Klage aus älterem Besitz mit petitorischer Funktion angesehen wissen will. Gegen ihn Vangerow Pand. I § 335 a. E., Wächter a. a. O. S. 96 ff., Dernburg Pand. I S. 432 § 186, Wendt a. a. O. S. 307, Schader a. a. O. S. 37 f., Seuffert Pand. Bd. II S. 391, Duncker a. a. O. S. 141, Roßhirt a. a. O. S, 227 ff., Meischeider a. a. O. S. 154 ff. und vor allem Bruns im Jhrb. d. g. d. Rs. Bd. IV insbes. S. 86 ff. das. sowie Besitzkl. S. 48.

Vgl. ferner aus der Praxis: Jenaer OAE. vom Nov. 1839 eingeholt. bei d. Spruchkolleg. z. Heidelberg: „ . . . indem man ganz richtig davon ausgeht, daß das possessor. ordinarium nur die vollständige, durch die Praxis in bezug auf die Form ausgebildete prozessualische Verhandlung des interdicti uti possidetis ist."

[2]) Siehe Seite 47 und 49 dieser Abhandlung.

[3]) So die herrschende Ansicht vgl. Wendt a. a. O. S. 307, Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 522 ff. Anders scheinbar Dernburg Pand. I § 186 S. 433.

[4]) Vgl. S. A. XXVI 11 (dem Pächter stehen die possessor. Interd. nicht zu) ferner S. A. XXXII 302.

wie vor auf das Verbot künftiger Störung[1]) und daneben auf Schadensersatz. Allerdings nicht, wie noch im spätrömischen Recht, nur auf Ersatz eines jeden Schadens seit Erhebung der Klage (dort litis contestatio), sondern auch auf Ersatz desjenigen Schadens aus der Zeit vor der Klageerhebung, welcher auf ein Verschulden des Beklagten zurückgeführt werden kann.[2]) Passiv legitimiert erscheint beim p. o. im Gegensatz zum i. u. p. freilich nicht mehr jeder beliebige Dritte, sondern naturgemäß nur derjenige, welcher eine besondere Veranlassung dazu gegeben hat.

§ 14.

Die „Besitzstörung" im Sinne des p. o.

Sehen wir uns nun danach um, was denn eigentlich im gemeinen Rechte unter der Störung des Besitzes zu verstehen ist, — welche, wie ehemals im römischen Recht die vis, beim p. o. den „formellen Angelpunkt" bildet, um den sich der ganze Prozeß dreht — so begegnen wir sowohl in der Wissenschaft wie in der Praxis einer solchen Fülle von Schwankungen und Uneinigkeiten, daß es außerordentlich schwierig ist, hieraus ein einheitliches Bild und eine feste Begriffsbestimmung der „Besitzstörung" zu gewinnen.

Das eine kann allerdings mit Sicherheit gesagt werden, daß sich überall das Bestreben zeigt, das, was die Römer als vis adversus edictum praetoris auffaßten, trotz der veränderten Prozeßform ohne weiteres auch zum Klagegrund des p. o. zu machen und den Begriff der „vis" einfach als „Besitzstörung" in das fortgebildete Rechtsmittel zu übernehmen. Dabei wird in den Entscheidungen der lateinische Ausdruck „vis" bisweilen wörtlich mit „Gewalt" übersetzt, in anderen Fällen auch durch „gewaltsame Störung" wiedergegeben. So heißt es beispielsweise in einem Urteil des OAG. zu Lübeck (20. I. 1842):[3])

> „. . . der Begriff einer vis, welche durch dieses Interdikt untersagt ist, setzt auch im weiteren Sinne immer unmittelbar menschliche Handlungen voraus . . ."

---

[1]) Vgl. Dernburg Pand. I § 186. Während jedoch noch im Justin. Recht die Verurteilung aus einem Anspruch auf Unterlassen stets auf das Interesse in Geld gehen mußte (event. Cautio de non amplius turbando vgl. Anm. 1 S. 49 dieser Abhdlg.), spricht im Gem. Recht das der Klage stattgegebende Urteil das Verbot aus. Vgl. Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 510, 467,

[2]) Diese Fortbildung nehmen an Dernburg Pand. I § 186 S. 435, Anm. 24, Kniep a. a. O. S. 370, Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 516 f. Die Praxis schwankt; vgl. S. A. XXXXII 8, XXXXIII 270 und XXXXIX 151.

[3]) Vgl. S. A. IX 34.

ferner in einem Erkenntnis des Obersten Gerichtshofes für Bayern (27. II. 1875):[1])

> Um das i. u. p. zu begründen, genügt nicht jede gegen den Besitzer verübte Gewalt, sondern es ist wesentlich, daß die Gewalt zugleich eine controversia de possessione enthalte . . .“

weiter in einem Urteil desselben Gerichtshofes (11. III. 1879):[2])

> „Bis zu welchem Umfange der Begriff Gewalt (vis) als Erfordernis einer Besitzstörung auszudehnen sei, darüber bestehen abweichende Ansichten . . .“

endlich in einem Urteil des OAG. zu Darmstadt (12. VII. 1861):[3])

> „In einer solchen Erklärung liegt eine zur Begründung des i. u. p. erforderliche gewaltsame Besitzstörung . . .“

und in einem Erkenntnis des AG. zu Celle (21. X. 1870):[4])

> „Zu der gewaltsamen Störung, welche das i. u. p. . . . immer voraussetzt . . .“

Eine Folge hiervon ist — und das kann unter diesen Umständen nicht wunder nehmen —, daß die bei der Feststellung des Begriffs der römischen vis behandelten Kontroversen, zu denen wir oben ja bereits im einzelnen Stellung zu nehmen hatten, auch im gemeinen Rechte (neben anderen Streitfragen) wieder auftauchen. Und zwar sind es fünf Kontroversen, vor deren Beantwortung wir nunmehr von neuem festgestellt sind, und welche wir im folgenden nacheinander zu behandeln haben. Zur größeren Übersichtlichkeit über die verschiedenen Auffassungen des Begriffes „Besitzstörung“ empfiehlt es sich, dazu mit Bruns[5]) folgende Fragen aufzustellen:

1. Ist zum Begriff einer „Besitzstörung“ im gemeinen Rechte eine positive Handlung erforderlich, — oder genügen auch dauernde störende Vorrichtungen und Anlagen zur Begründung des poss. ordin.?
2. Gehört zum Begriff einer „Besitzstörung“ im Sinne des p. o. „Bewußtsein und Absicht“ (animus turbandi) des Störers, den fremden Besitz zu stören, — oder können die tatsächlichen Störungen rein als solche das p. o. begründen?
3. Ist zum Begriff einer „Besitzstörung“ im Sinne des p. o. erforderlich, daß der Störer eigenen Besitz behauptet,

---

[1]) Vgl. S A. XXXI 11. Vgl. auch Bruns Besitzkl. S. 59 „ . . . bei dem Worte „Störung“ wird dann ohne weiteres aus den Worten des prätorischen Interdikts der Begriff einer „vis“ untergeschoben.“

[2]) Vgl. S. A. XXXIV 273.

[3]) Vgl. S. A. XXI 124.

[4]) Vgl. S. A. XXIV 213, ferner S. A. XII 33: „ . . . Zur Begründung eines solchen Interdikts ist nichts weiter erforderlich, als juristischer Besitz auf Seiten des Klägers und Störung desselben durch eine den Besitz nicht aufhebende Gewalt oder Drohung auf Seiten des Beklagten.“.

[5]) Vgl. Bruns Besitzkl. S. 59 ff., ihm folgend Schader a. a. O. S. 45/46.

bezw. wenigstens den Besitz des Gestörten bestreitet, — oder können auch ohne derartige Behauptung bezw. Bestreitung Besitzstörungen im Sinne des p. o. geschehen?

4. Genügt auch eine gegen die Person des Besitzers oder die besessene Sache gerichtete Handlung, um als Besitzstörung das p. o. zu begründen, — oder muß die Störung das Besitzverhältnis als solches treffen, d. h. eine Beziehung auf den Besitz als solchen haben? und endlich
5. Muß die Störung eine tatsächliche sein, oder ist auch eine Besitzstörung durch Worte oder durch Vorbereitungshandlungen denkbar?

Die Stellungnahme der gemeinrechtlichen Theoretiker zu diesen Kontroversen haben wir zum größten Teil bereits bei der Behandlung des i. u. p. kennen gelernt, da diese Schriftsteller bei der Besprechung der Störung ja meistens unmittelbar auf die römische vis zurückgriffen und den Begriff aus den Quellen heraus zu definieren versuchten. Hier kommt deswegen in erster Linie der Standpunkt der Praxis des gemeinen Rechts in Betracht, und da ergibt sich an der Hand der zahlreichen Entscheidungen das folgende Bild.

Positive Handlungen oder auch dauernde Vorkehrungen?

Bezüglich der ersten Frage, ob eine Besitzstörung im Sinne des p. o. nur vorliegt, wenn der Störer positiv handelt, oder ob auch dauernde Vorrichtungen und Anstalten das p. o. begründen können, dürfen wir sagen, daß in der gemeinrechtlichen Praxis meist kein Unterschied gemacht wird, ob die Störung auf einer persönlichen Handlung oder auf einer dauernden Vorrichtung beruht. Allerdings wird in einer Entscheidung des OAG. zu Lübeck (20. I. 1842)[1] betont:

„ . . der Begriff einer vis, welche durch dieses Interdikt untersagt ist, setzt auch im weiteren Sinne immer unmittelbare menschliche Handlungen voraus . . ."

Jedoch stehen dieser Entscheidung verschiedene andere gegenüber, in welchen die Klage gegen dauernde störende Vorrichtungen und Anlagen mit Erfolg geltend gemacht wurde.[2] Und da überdies, wie von Schader[3] mit Recht hervorgehoben wird, in

[1] Vgl. S. A. IX 34.

[2] Vgl. S. A. XXX 229. Allerdings wird hier im Endresultat die Anwendung des p. o. für unstatthaft erklärt, aber nicht, weil es sich um eine störende Anlage im Gegensatz zu einer positiven Handlung handelt, sondern aus anderen Gründen, ferner S. A. XXIII 229, XXVI 79, XXXV 181 auch XXXVI 181, außerdem Pfeifer a. a. O. Bd. VII S. 479 No. 86 auch S. 483 No. 88. Das Zitat S. A. XXV 3 bei Schader S. 47 ist irrig und beruht zweifellos auf einem Druckfehler.

[3] Vgl. Schader a. a. O. S. 47.

einer ganzen Reihe von Entscheidungen, wo nur von störenden Handlungen gesprochen wird, durch diese Ausdrucksweise keineswegs eine — völlig unverständliche — Trennung zwischen persönlichen positiven Handlungen und dauernden störenden Vorrichtungen und Anstalten betont werden sollte, sondern der Ausdruck offenbar nur der Kürze wegen gebraucht wird, so dürfen wir sagen, daß „das gemeine Recht im allgemeinen dem Besitzer Schutz gegen jeden störenden Eingriff gewährt, von wem derselbe auch ausgehen möge,[1]) und daß beim p. o. ebensowenig wie bei dem oben geschilderten römischen i. u. p. von Belang ist, ob die Störung in einer persönlichen Handlung oder in einer dauernden Vorrichtung besteht.[2])

Animus turbandi.

Weniger Schwierigkeiten bereitet die Beantwortung der Frage nach dem Erfordernis eines animus turbandi des Störers. In der Theorie war, wie wir sahen, dieses der Savignyschen Auffassung vom Besitzschutz entsprechende Moment bald allgemein aufgegeben. In der Praxis aber hat man sich überhaupt nicht an diese theoretische Forderung gekehrt. Dem praktischen Bedürfnis entspräche es auch keineswegs, stets eine Turbationsabsicht des Störers zu verlangen. „Denn der Besitzer hat schlechthin das Recht, daß sein Besitz in keiner Weise gestört oder beeinträchtigt werde. Der Grund, warum ihn ein anderer stört, und ob er es bona fide oder mala fide tut, ist ihm für sein Besitzinteresse völlig gleichgültig, er kann ihn meistens gar nicht wissen und noch weniger beweisen und will jedenfalls unter allen Umständen einen ruhigen Besitz haben".[3])

So wird in mehreren Entscheidungen ausdrücklich hervorgehoben, daß es auf „Bewußtsein und Absicht" des Störenden, den fremden Besitz beeinträchtigen zu wollen, in keinem Falle ankommen dürfe, sondern daß „es genügt, daß die Handlung tatsächlich den Besitz des Klägers gestört hat".[4]) Beispielsweise heißt es in einem Erkenntnis des Obersten LG. für Bayern (16. XII. 1879):[5])

> „. . . Bei dem . . . Rechtsmittel des i. u. p. . . . wird das Vorhandensein einer bona fides als ein auf die Entscheidung dieser Besitzstörungsklage wesentlichen Einfluß äußernder Umstand nicht betrachtet. Wesentlich für die Begründung des Rechts auf das eben erwähnte Interdikt ist vielmehr nur

---

[1]) Worte eines Urteils des Oberst. L. G. für Bayern (21. VI. 1890) vgl. S. A. XXXXVI 92.

[2]) ebenso Dernburg Pand. I § 186 S. 432, Schader a. a. O. S. 47.

[3]) Vgl. Bruns Besitzkl. O. 71.

[4]) Worte eines Urt. d. Oberst. L. G. für Bayern vom 17. IX. 1892 vgl. S. A. XXXXVIII 169.

[5]) Vgl. S. A. XXXV 184.

die possessio des Klägers und die mit dem Faktum der Turbation verbundene Anmaßung. Das Vorhandensein einer bösen Absicht oder einer Arglist des Beklagten wird zur Begründung des vom Kläger geltend gemachten Rechtes auf Schutz im Besitze nicht erfordert".

In gleicher Weise äußert sich das OAG. in Darmstadt (25. IX. 1885):[1])

„. . . es sei genügend, wenn zur Begründung der Klage die Tatsache der erfolgten Störung behauptet werde, da man unmöglich dem Kläger zumuten könne, zu gleicher Zeit die ihm unbekannte Absicht anzugeben, welche der Beklagte mit der Besitzstörung verbunden habe . . ."

sowie zahlreiche andere Gerichte,[2]) deren Anführung im einzelnen sich erübrigt, da aus dem Gesagten zur Genüge erhellt, daß animus turbandi, „Absicht und Bewußtsein" des Störers, den fremden Besitz zu beeinträchtigen, nicht Erfordernisse für den Begriff der Besitzstörung im Sinne des gemeinrechtlichen p. o. waren.

Anmassen eigenen bezw. Bestreiten gegnerischen Besitzes.

Die dritte der obigen Fragen zerfällt in zwei Teile, nämlich erstens, ob zur Besitzstörung im Sinne des p. o. Besitzanmaßung des Störers gehört, und zweitens, ob der Störer wenigstens den gegnerischen Besitz ganz oder teilweise bestreiten muß.

Bei der Besprechung des ersten Teiles dieser dritten Frage ist zunächst zu erwähnen, daß sich der Gedanke, das p. o. als Rechtsmittel gegen Besitzstörung könne nur gegen den zur Anwendung kommen, der sich selbst Besitz zuschreibt, in mehrfachen gemeinrechtlichen Entscheidungen ausgesprochen findet.[3]) So wird beispielsweise in einem Erkenntnis des Oberhofgerichts zu Mannheim (10 I. 1843)[4]) hervorgehoben:

Wenn die Tat von der Beschaffenheit ist, daß dadurch der, gegen welchen sie verübt wird, an der Ausübung eines Besitzes . . . verhindert, und zugleich die Absicht des Handelnden an den Tag gelegt wird, den Besitz . . . zu gewinnen, so ist solches eine Besitzstörung, wegen welcher der, gegen den die Tat verübt wurde, nicht allein auf Schadensersatz, sondern auch auf richterlichen Schutz gegen Wiederholungen derselben Tat klagen kann. Fehlte es bei

---

[1]) Vgl. S. A. XXV 6.

[2]) Vgl. S. A. XXXXIII 261, XXXXVIII 169 ferner Dernburg Pand. I § 186 S. 432.

[3]) Vgl. ferner Sintenis a. a. O. Bd. I S. 475: „Der Beklagte muß in irgend einer Art den Besitz des Klägers gestört oder beunruhigt haben, und zwar so, daß darin ein Bestreiten und eine Anmaßung desselben für sich liegt". Vergl. auch das. S. 473 Anm. 6.

[4]) Vgl. S. A. I 60, von Schader a. a. O. S. 48 völlig ungenau wiedergegeben.

der Verübung der Tat an der bezeichneten das eigene Interesse angegebenermaßen bezweckenden Absicht des Handelnden, so kann derselbe . . . nicht . . . mit einer Besitzstörungsklage belangt werden."

Die gleiche Auffassung hat in einem Erkenntnis des OAG. in Oldenburg (24. VI. 1851)[1]) in einem Erkenntnis des OAG. zu Lübeck (26. IV. 1844)[2]) und in einem Urteil des Obersten Gerichtshofes zu Wien (15. IV. 1885)[3]) Ausdruck gefunden.

Wenn es danach zunächst den Anschein hat, als wenn man sich der von Sintenis, Ihering und anderen vertretenen Auffassung in der gemeinrechtlichen Praxis unbedingt angeschlossen hätte und von der „rein präjudiziellen" Bedeutung der Besitzklagen sich nicht habe freimachen können, so stehen andererseits den aufgeführten zahlreiche Entscheidungen gegenüber, in denen grade die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen wird, so daß es fast Schwierigkeiten bereitet, einen einheitlichen Standpunkt zu gewinnen. So wird beispielsweise in einem Erkenntnis des OAG. zu Celle (7. VI. 1857)[4]) ausgeführt:

„Nach richtiger auf Quellenerzeugnisse gestützten Rechtsansicht kann das i. u. p. zum Schutze juristischen Besitzes gegen den Störer, auch wenn dieser sich selbst juristischen Besitz nicht zuschreibt, angestellt werden . . . Zur Begründung eines solchen Interdikts ist nichts weiter erforderlich, als juristischer Besitz auf Seiten des Klägers und Störung desselben durch eine den Besitz nicht aufhebende Gewalt oder Drohung auf Seiten des Beklagten."

ferner in einer Entscheidung des OAG. zu Cassel:[5])

„ . . . die Begründung dieser Klage (p. o.) ist nicht davon abhängig, daß die besitzstörende Handlung zum Zwecke der Ausübung eines Eigentumsbesitzes vorgenommen worden sei . . "

und in einem Erkenntnis des OAG. zu Jena (31. X. 1833):[6])

„ . . . hinzu kommt noch, daß das hier angestellte i. u. p. wider jeden Besitzstörer platzgreift, gleichviel, ob derselbe für seine eigene Person den fraglichen Besitz sich anmaßet oder nicht."

Und ebenso lauten zahlreiche weitere Aussprüche der gemeinrechtlichen Gerichte.

Aus dem Umstande aber, daß die für die Sintenis-Iheringsche Ansicht ausgesprochenen Entscheidungen bei weitem in der Minderzahl sind sowie im Hinblick auf das oben entwickelte Ergebnis der Quellenstellen, wird gefolgert werden

[1]) Vgl. S. A. VII 41.
[2]) Vgl. S. A. VIII 347.
[3]) Vgl. S. A. XXXX 277, auch diese kann hier gem. Randa angeführt werden.
[4]) Vgl. S. A. XXII 33.
[5]) Vgl. S. A. VIII 49 Anm.
[6]) Vgl. S. A. VI 136, vgl. auch S. A. V 172, ferner noch S. A. XXIII 136 (Urt. d. OAG. Berlin (!) vom 26. Sept. 1869).

dürfen, daß im gemeinen Rechte nach herrschender Ansicht ein Behaupten eigenen Besitzes seitens des Störers als Begriffsbestandteil der Besitzstörung im Sinne des p. o. nicht verlangt wird.[1])

Wie steht es nun mit dem zweiten Teil unserer Frage; muß der Beklagte, wenn nicht eigenen Besitz behaupten, so doch wenigstens den Besitz des Klägers „ganz oder teilweis" in Abrede stellen?

Die Autorität Vangerows, der ja, wie wir sahen, das „possessionis controversiam facere" der Quellen in diesem Sinne verstanden wissen will, hat ihren Einfluß in dieser Frage auf die Praxis nicht verfehlt. Heißt es doch in einem Erkenntnis des OG. zu Wolfenbüttel (16. I. 1874)[2]) unter ausdrücklicher Beziehung auf den berühmten Rechtslehrer:

„. . . der wesentliche Zweck jenes Interdikts (gemeint ist das i. u. p. bezw. p. o.) ist, wie die Ausführungen in v. Vangerow Pand. Bd. I § 336 vgl. I 1 § 2 u. 3. D. u. p. 43,17 ergeben, die Entscheidung der Frage, welcher von zwei Parteien, welche sich beide den Besitz einer unbeweglichen Sache beilegen, der Besitz zuzuerkennen sei, und dasselbe kann nicht wegen jeder noch so entfernten und mittelbaren Turbation, sondern nur gegen denjenigen angestellt werden, welcher auch wirklich den Besitz des Gegners ganz oder teilweise bestreitet, . . . also, wie es in fr. 3 § 2 u. p. 43,17 heißt, gegen denjenigen, qui possessionis controversiam mihi facere videtur . . ."

Die gleiche Auffassung liegt einem Dekret des OAG. Wiesbaden (1862)[3]) zugrunde, wie sie sich auch in einem Urteil des Obersten LG. für Bayern (21. VI. 1890.)[4]) ausgesprochen zu finden scheint.

Aber aus dem angeführten schließen zu wollen, daß im gemeinen Rechte die Vangerowsche Theorie allgemein bei Besitzstörungsprozessen herangezogen worden sei, würde durchaus unrichtig sein. Es hat ganz im Gegenteil keineswegs an Protesten gegen Vangerow gefehlt, und der Gedanke, daß es zur Anwendung des p. o. eines Leugnens des Besitzes des Gestörten seitens des Störers nicht bedürfe, hat in so zahlreichen Entscheidungen der gemeinrechtlichen Praxis Ausdruck gefunden, daß man ihn im Vergleich mit der Vangerowschen Auffassung mit Recht als den weitaus herrschenden bezeichnen darf. So heißt es in einem Erkenntnis des OAG. zu Cassel (19. XI. 1853):[5])

[1]) Vgl. Dernburg Pand. I § 186 S. 432.

[2]) Vgl. S. A. XXX 229.

[3]) Vgl. S. A. XVII 47.

[4]) Vgl. S. A. XXXXVI 92, wo es heißt: „ . . vor allem wird zur Begründung einer Besitzstörungsklage . . . erfordert die Bestreitung des Besitzes durch den Gegner, daß also der Besitz, das Innehaben des Besitzes auf Seiten des Klägers, das factum possessionis, vom Beklagten bestritten ist, usw.

[5]) Vgl. S. A. VIII 49. Vgl. auch die dort zit. Ausführungen der Vorinstanz.

„Zur Begründung einer auf Schutz im Besitz gerichteten Klage wird . . . eine Nichtanerkennung des klägerischen Besitzes . . . nicht erfordert, vielmehr genügt die Darlegung einer seitens des Klägers erlittenen Störung im Besitze zur Begründung einer solchen Klage —“

in einem Erkenntnis des OAG. zu Jena (3 VIII. 1866):[1])

„. . . sowohl der historische Entwicklungsgang des i. u. p. als auch entscheidende Stellen der Pandekten lassen die Vangerowsche Ansicht, daß der Gegner immer ein solcher sein müsse, der wirklich den Besitz ganz oder teilweise bestreite, als unbegründet erscheinen. Das i. u. p. fungiert im neuesten römischen Recht nicht bloß als duplex, sondern auch als simplex, sobald eine Handlung objektiv in das bestehende tatsächliche Verhältnis eingreift; es genügt dann, daß gegen den Willen des Besitzers ohne Rücksicht darauf, ob der Störende den Besitz bestreitet oder nicht, gehandelt ist“.

und endlich in einem Erkenntnis des OAG. zu Darmstadt vom 25. IX. 1855:[2])

„Von dem Kolleg sei schon früher entschieden, daß das Interdikt nur dann den beabsichtigten raschen Schutz gewähren könne, wenn man sich auf den nach der Vangerowschen Theorie statthaften Intentionsbeweis nicht einlasse, und es sei genügend, wenn zur Begründung der Klage die Tatsache der erfolgten Störung behauptet werde . . .“

Ähnliche Entscheidungsgründe enthalten ein Erk. des OAG. zu München (23. V. 1845),[3]) ein Erk. des OAG. zu Celle (7. VI. 1857),[4]) ein Erk. des ob. Gerichtshofes für Bayern (27. II. 1875)[5]) sowie zahlreiche andere.[6])

Fassen wir nun das Resultat der Prüfung dieser dritten Frage kurz zusammen, so werden wir sagen müssen: Eine unbestrittene, einheitliche Antwort kann zwar nicht gegeben werden. Jedoch nach herrschender Ansicht ist zum Begriff einer Besitzstörung im Sinne des p. o. nicht erforderlich, daß der Störer eigenen Besitz behauptet, noch kommt es auf ein ganz oder teilweises Bestreiten des klägerischen Besitzes seitens des Beklagten an.[7])

Verletzung des Besitzes. (Eingriffsprinzip.)

Was die vierte Frage betrifft, ob nämlich auch eine lediglich gegen die Person des Besitzers oder gegen die besessene

---

[1]) Vgl. S. A. XIX 232.
[2]) Vgl. S. A. XXV 6.
[3]) Vgl. S. A. V 172.
[4]) Vgl. S. A. XII 33.
[5]) Vgl. S. A. XXXI 11.
[6]) Vgl. S. A. XIV 138 vgl. auch S. A. XXIII 136.
[7]) Vgl. Dernburg Pand. I § 186 S. 432.

Sache gerichtete Beeinträchtigung als Besitzstörung das p. o. zu begründen vermag, oder ob dazu stets der Besitz als solcher, das Herrschaftsverhältnis zwischen Person und Sache getroffen sein muß, so ist hier eine prinzipielle Stellungnahme nicht schwer. Denn daß eine Gefährdung des Besitzes als solchen Voraussetzung des gemeinrechtlichen p. o. ist, und daß deswegen „eine Beziehung auf den Besitz als solchen, d. h. auf die unbeschränkte Beherrschung der Sache, namentlich die Verfügung und Benutzung, als wesentlich bei der Besitzklage festgehalten“[1]) werden muß, ist, wie mir scheint, allgemein anerkannt und in den meisten Entscheidungen ohne besondere Betonung als selbstverständlich hingestellt.[2]) In einem Erkenntnis des Ob. Gerichtshofes für Bayern (27. II. 1875)[3]) heißt es aber sogar ausdrücklich:

> „Um das i. u. p. zu begründen genügt nicht jede gegen den Besitzer verübte Gewalt, sondern es ist wesentlich, daß Gewalt zugleich eine controversia de possessione enthalte, daß sie eine bestimmte Beziehung auf den Besitz an sich trage, es muß ein Angriff auf den *Besitz als solchen* vorliegen.“

Unter diesen „Angriff auf den Besitz als solchen“ kann aber — ebenso wie im römischen Recht — nichts anderes als ein Eingriff in den fremden Besitzstand, ein Übergriff in die Machtsphäre des Besitzers verstanden werden, eine Auffassung, die wir bei allen gemeinrechtlichen Schriftstellern[4]) wie auch in der Praxis[5]) bestätigt finden. Wird also beispielsweise der Besitz ohne einen solchen Eingriff verletzt, wird etwa nur der Wert der besessenen Sache veringert, ohne daß ein Eingriff in fremden Besitz vorliegt, oder jemand in seinem Hause tätlich injuriiert, so sind das nur Angriffe auf die Sache oder die Person selbst

---

[1]) Vgl. Bruns Besitzkl. S. 77.

[2]) Vergl. beispielsweise S. A. XXIV. 213, XXXIV 273 u. a.

[3]) Vgl. S A. XXXI 11 auch das. XXXXVIII 169 (Urt. dess. Gerichtshofes vom 17. Sept. 1892) „ . . . es kann die Handlung . . . unter gewissen Verhältnissen, nämlich falls sie auf den Besitz des Klägers eine Beziehung hat, als eine Störung dieses Besitzes aufgefaßt werden“

[4]) So spricht Ihering Jher. Jhrb. XXIII S. 237 ausdrücklich von „Eingriffen in den Besitz oder Besitzstörungen“, Witte a. a. O. S. 102 sagt: „Anlagen die in die Machtsphäre eingegriffen haben“, S. 137, 138 unten: „Jede Handlung, welche wider den Willen des Besitzers in die vollständige ausschließliche Herrschaft über die Sache eingreift . .“ ferner S. 139 „. . jede Handlung . ., die objektiv in das bestehende tatsächliche Verhältnis eingreift, charakterisiert sich als Besitzverletzung und rechtfertigt das Interdikt.“ Vgl. weiter Hesse Jhr. Jhrb. VI S. 416, Meischeider a. a. O. S. 439, Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 469, Dunker a. a. O. S. 45, 46, Dernburg Pand. I S. 432, Bruns Besitzkl. S. 76, 77, Schönberg a. a. O. S. 14, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 713, Kniep a. a. O. S. 437, Pflüger a. a. O. S 15.

Überall findet sich derselbe Gedanke, daß es sich bei der Besitzstörung im Sinne des p. o. um einen Eingriff in das Besitztum des Klägers handeln muß.

[5]) Vgl. S. A. XIX 232 XXXIV 273, auch XII 33.

und das p. o. erscheint gegen den Täter nicht als das geeignete Rechtsmittel. Und das ist im Grunde nur natürlich, denn „sonst müßte ja überhaupt jedes Delikt, was gegen jemanden in seinem Hause verübt wird, die Besitzklage begründen.“ [1] [2])

Allerdings wird man in vielen Fällen, obgleich tatsächlich ein Eingriff in die Besitzsphäre vorliegt, doch unserem Rechtsmittel, dem p. o., noch die Anwendung versagen müssen. Wenn mir z. B. jemand die Fenster einwirft, oder die jungen Bäume in meinem Garten durchschneidet, so liegt darin zweifellos ein Eingriff in meine Machtsphäre, und mein Besitz ist verletzt. Eine Klage wegen Besitzstörung jedoch wird man nur unter ganz bestimmten Umständen zulassen können, nämlich dann, wenn, wie in einzelnen Urteilen mit Recht hervorgehoben ist, eine Wiederholung zu befürchten ist. Wegen einer einfachen Beschädigung der geschilderten Art das p. o. anzustellen und auf ein Verbot künftiger Störung bezw. Unterlassung zu klagen[3]), würde sinnlos genannt werden müssen. Ist aber eine Wiederholung irgendwie zu besorgen, so erscheint dadurch auch eine Klage auf Schutz hiergegen hinreichend begründet. Um sich als Besitzstörung im Sinne des p. o. zu charakterisieren muß hiernach also der Eingriff in das Herrschaftsgebiet des Klägers entweder ein fortwirkender sein, oder es muß seine Wiederholung in Aussicht stehen, denn nur in solchen Fällen hat das zu erwartende Urteil aus der Klage ne vis fiat — denn eine solche ist das p. o., nicht quod vis facta est — einen vernünftigen Sinn[4]).

Verbalstörungen.

Wir kommen nun zu der fünften und letzten unserer Fragen, ob nämlich nach gemeinrechtlicher Praxis auch verbale Besitzstörungen möglich sind. Während wir bei der Darstellung des römischen Rechts in diesem Punkte mangels jeglicher Stellungnahme der römischen Juristen zu dieser Frage lediglich auf Spekulationen angewiesen waren, läßt sich, glaube ich, im gemeinen Recht auf Grund der zahlreichen grade hierüber getroffenen Entscheidungen ein ziemlich einheitliches Bild entwerfen.

Rein theoretisch hatten wir oben als Möglichkeiten einer verbalen Turbation folgende drei Fälle aufgestellt:

a) Wörtliche Nichtachtung des klägerischen Besitzes durch Anmaßen des eigenen oder Bestreiten des fremden Besitzes;

---

[1]) Vgl. Bruns Besitzkl. S. 76.

[2]) Daraus erklärt sich dann ja auch grade die Notwendigkeit der Entwicklung besonderer Rechtsmittel in einzelnen Fällen (wie z. B. der Licht- u. Fensterfreiheitsklagen), die man bei oberflächlicher Betrachtung wohl unter das p. o. subsumieren möchte.

[3]) Siehe Seite 51 oben d. Abhdlg.

[4]) Vgl. Bruns Besitzkl. 77 f., Ubbelohde b. Glück Bd. V S. 481.

b) Wörtliche Drohung mit künftiger Störung;

c) Untersagen klägerischer Besitzausübungshandlungen.

Gleich über den ersten dieser Fälle finden sich vielfache Entscheidungen. So äußert sich das OAG. zu Lübeck in einem Erkenntnis (26. IV. 1844):[1])

„. . . . . die Klägerin würde sich des i. u. p. allerdings bedienen können, indem es ausgemacht ist, daß sie sich im Besitze befindet, die Anmaßung eines Mitbesitzes von Seiten des Beklagten und sein Verlangen, wider ihren Willen auf der Stelle zu bleiben, also . . . eine widerrechtliche Turbation ihres Besitzes sein würde. . .“

Ferner wird in einem Erkenntnis des OAG. zu München (3. VI. 1863)[2]) hervorgehoben:

„. . . nach gemeinem Rechte berechtigt jede Anfechtung oder Bestreitung des Besitzes, wenn sie auch mit einer körperlichen Störung nicht verbunden ist, zur Anstellung der Interdikte, der Besitzklagen. Puchta Pand. § 133. Arndt's Pand. § 172 . .“

Und in einem Erkenntnis des OAG. zu Darmstadt (12. VII. 1861)[3]) heißt es:

. . . schon die Ableugnung des Besitzes enthält an und für sich eine Besitzstörung, wenigstens in der Regel. In einer solchen Erklärung . . liegt eine zur Begründung des i. u. p. erforderliche gewaltsame Besitzstörung. “

Fragen wir aber danach, wann denn dieser Regelfall, von dem das zuletzt angeführte Erkenntnis spricht, vorliegt, so finden wir die Antwort in zwei gemeinrechtlichen Erkenntnissen, nämlich in dem des AG. zu Celle (21. X. 1870)[4]), wo es heißt:

„. . . Zu der gewaltsamen Störung, welche das i. u. p. . . . immer voraussetzt, ist ein bloß verbales Bestreiten klägerischen Besitzes nicht schon für sich allein genügend, solange dasselbe nicht etwa nach den Umständen des Falles eine wirkliche Beschränkung des Besitzes in dem freien Gebrauche der Sache und in der tatsächlichen Integrität seiner Herrschaft über die Sache mit sich bringt. .“

und in einem Urteil des OAG. zu Lübeck (11. XII. 1875)[5]), das sich in gleichem Sinne äußert:

„Das Erfordernis der Besitzstörung wird von dem Obergericht in einem zu engen Sinne verstanden, wenn die Zulassung der possessorischen Klage von einem körperlichen Eingriffe des Beklagten in den Besitz des Klägers abhängig gemacht wird; es genügt vielmehr sogar jedes bloße Be-

---

[1]) Vgl. S. A. VIII 347.
[2]) Vgl. S. A. XVII 45.
[3]) Vgl. S. A. XXI 124.
[4]) Vgl. S. A. XXIV 213.
[5]) Vgl. Stadländer u. Dr. Lahnsen a. a. O. S. 137.

streiten des Besitzes. — Es muß . . nur irgend eine ausreichende Veranlassung vorliegen, tatsächliche Eingriffe in den klägerischen Besitz von dem Beklagten befürchten zu können . . .“ [1])

Aus alledem geht mit großer Deutlichkeit hervor, daß eine verbale Nichtachtung zwar nicht unter allen Umständen, wohl aber dann als Besitzstörung die Anstellung des p. o. rechtfertigt, wenn der Kläger sich in seinem Besitz infolge der Äußerung des Beklagten nicht mehr sicher fühlen kann, wenn er Gefahr laufen muß, jeden Augenblick einen Eingriff wie geschildert in seine Besitzsphäre zu erleiden, wenn er sich nicht des genannten Rechtsmittels zu seinem Schutze bedient.[2])

Den gleichen Standpunkt finden wir in der gemeinrechtlichen Praxis auch hinsichtlich der beiden andern von uns aufgestellten Fälle verbaler Störungsmöglichkeiten, nämlich hinsichtlich des wörtlichen Drohens mit künftiger Störung und des Untersagens von klägerischen Besitzausübungshandlungen, vertreten. So wird in einem Urteil des Obersten LG. für Bayern (21. VI. 1890)[1]) hervorgehoben:

„Das gemeine Recht geht in seiner heutigen Entwickelung davon aus, daß eine den Rechtschutz begründende Besitzstörung gegeben sei nicht bloß in einer unbefugten körperlichen Einwirkung auf die Sache, sondern auch . . in wörtlichen Drohungen, . . die einen solchen Eingriff als bevorstehend annehmen lassen . .“

Und in einem Urteil des Obersten Gerichtshofes zu Wien vom 13. I. 1887)[4]) findet sich der Satz:

„. . . wenn es auch richtig ist, daß ein Verbot der Besitzausübung als Störung des Besitzes . . . aufgefaßt werden muß, wenn das Verbot unmittelbar der Besitzausübung entgegengesetzt wird und unter Umständen erfolgt, welche bei Nichtrespektierung des Verbots sofortigen physischen Widerstand gegen die Besitzausübung gewärtigen lassen . .“

Verbale Beeinträchtigungen des Besitzes können demnach im gemeinen Recht stets dann als Besitzstörungen das p. o. begründen, wenn zu erwarten steht, daß ihnen tatsächliche Übergriffe in das Besitztum folgen werden. Handelt es sich nur um hingeworfene Äußerungen, die niemand ernst nehmen kann und wird, um leere Drohungen, die höchstens als Beleidigungen aufzufassen sind, oder gar nur um einem Scherz, so ist des-

---

[1]) Des weiteren vgl. S. A. XXXII 302, XXXIV 93, XXXXVI 92 die sich in gleicher Weise aussprechen.

[2]) Ob und wann das im einzelnen der Fall ist, läßt sich nicht allgemein sagen, sondern ist von Fall zu Fall zu entscheiden.

[3]) Vgl. S. A. XXXXVI 92.

[4]) Vgl. S. A XXXXII 282. Die Zulässigkeit der Anführung dieses Urteils in diesem Zusammenhang ergibt sich aus Randa.

wegen die Anstellung des p. o. nicht möglich;[1]) im übrigen braucht jedoch der Besitzer nicht abzuwarten, „bis die Behauptungen zu Drohungen und die Drohungen zu Taten werden".[2])

Vorbereitungen.

Und ganz ebenso wird notwendigerweise die Entscheidung lauten müssen bei Drohungen faktischer Art, bei Vorbereitungen zu künftiger realer Störung. Auch hier wird man sagen müssen, „daß eine Besitzstörung nicht bloß in einer unbefugten körperlichen Einwirkung auf eine Sache, sondern auch in solchen Veranstaltungen zu erblicken ist, welche eine solche Einwirkung als bevorstehend ankündigen, demnach den Besitz der Sache mit einem tätlichen Eingriff bedrohen".[3])

§ 15.

Verteidigung des Beklagten.

Nach dieser Besprechung der positiven Voraussetzungen des poss. ordin. haben wir, ebenso wie im römischen Recht, auch hier auf die negativen, nämlich die Verteidigungsmittel des Beklagten einzugehen.[4])

Da ist zunächst zu sagen, daß der Besitzer nach herrschender gemeinrechtlicher Ansicht nur dann durch das p. o. gegen Störung geschützt wird, wenn er seinen Besitz nicht vom Prozeßgegner fehlerhaft, d. h. mit Gewalt — vi — oder heimlich — clam — oder auf Wiederruf — precario — erlangt hat. Aus solcher Fehlerhaftigkeit konnte der Beklagte die sog. *exceptio vitiosae possessionis* hernehmen und dann trotz der Richtigkeit der von klägerischer Seite vorgebrachten Klagetatsachen frei ausgehen.[5])

---

[1]) In solchen Fällen müssen eben andere Rechtsmittel helfen.

[2]) Vgl. Bruns Besitzkl. S. 61, Kuhlenbeck a. a. O. S. 466, Dernburg Pand. I § 186 S. 432.

[3]) Vgl. S. A. XXXIV 273 (Erk. d. O. Gerh. f. Bayern 11. III. 1879) Vgl. ferner S. A. XV 226.

[4]) Vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O. § 158 S. 711 Anm. 2.

[5]) Vgl. Dernburg Pand. I § 186 S. 434. Puchta Pand, S. 202, Windscheid-Kipp § 159 zu No. 6 u. zahlreiche andere. Indem ich mich dieser durchaus herrschenden Ansicht anschließe, stelle ich mich in offenen Gegensatz zu Ubbelohde b. Glück Bd. 11 S. 526/7, welcher die Auffassung vertritt, daß der Bekl, der seinerseits Besitzanspruch nicht erhebt, auch im gem. R. — ebenso wie oben für das r. R. angenommen wurde — die Fehlerhaftigkeit des klägerischen Besitzes nicht rügen dürfe. Es mag U. zugegeben werden, daß seine Ansicht zweifellos einer logischen Entwicklung entprechen würde. Ebenso zweifellos ist aber, daß sie nach gem. R. keineswegs die herrschende geworden ist. Ich habe sie hier deswegen unbedingt abzulehnen u. mich für die des Textes zu erklären, die ja, wie wir sehen werden, ihre Wirkung auch für das BGB. nicht verfehlt hat. Vgl. dazu Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 528, Bd. V S. 704.

Während in diesem Punkte eine Abweichung des gemeinen Rechts vom römischen zu konstatieren ist, finden wir bezüglich der sonstigen dem Beklagten zustehenden Verteidigungsmittel eine völlige Übereinstimmung beider Rechte. So bildet auch im gemeinen Rechte die *Berufung auf dingliche oder obligatorische Rechte* keinen wirksamen Schutz gegen das p. o. Der Satz, daß petitorische Einreden im Besitzprozesse unzulässig sind, ist gemeinrechtlich so allgemein gültig und anerkannt, daß es eines besonderen Belegs hierfür kaum bedarf. In einigen Entscheidungen finden wir noch besondere Hinweise darauf, daß die Berufung auf ein ihm zustehendes Recht den Beklagten nicht vor der Verurteilung aus dem p. o. schützen kann. So heißt es in einem bereits erwähnten Erkenntnis des OAG. zu Cassel (19. XI. 1853):[1])

„. . . Aus dem Rechte des Verklagten, die ihm unbestritten gehörenden Bienenschwärme einzufangen, folgt nicht, daß er solches auch gegen den Willen des Klägers . . . zu tun befugt sei",

und ferner in einem Urteil des OLG. für Bayern (21. VI. 1890)[2]) ganz allgemein:

„. . . auch der Inhaber des Rechts begeht ein Unrecht, wenn er in Ausübung seines Rechts eigenmächtig in fremden Besitz eingreift, und kann daher mit Berufung auf sein materielles Recht . . . die Besitzklage, mit welcher Schutz im Besitze in Anspruch genommen wird, nicht elidieren."

Nur dann liegt die Sache anders, — und zwar auch hier ganz in Übereinstimmung mit dem römischen Recht — wenn der Beklagte bei Begehung der vermeintlichen Besitzstörung lediglich in *Ausübung eines ihm zustehenden Rechtsbesitzes*[3]) gehandelt hat. In einem solchen Falle kann es nicht zu einer Verurteilung des Beklagten kommen, denn dieser

„. . . ist wohl befugt, die Rechtswidrigkeit der ihm als den Sachbesitz des Klägers störend zur Last gelegten Handlungen zu bestreiten, und zu diesem Zweck sich einredend darauf zu berufen, daß . . . er . . zu der fraglichen Zeit im Rechtsbesitze (der in den Akten näher bezeichneten Fahrgerechtigkeit über des Klägers Grundstücke) sich befunden habe."[4])

Und ebensowenig dringt der Kläger trotz Zutreffens des Klagegrundes mit dem p. o. durch, wenn der Beklagte die als

---

[1]) Vgl. S. A. VIII 49.
[2]) Vgl. S. A. XXXXVI 92.
[3]) Welcher allerdings im gem. Recht gegenüber dem röm. Recht eine ungeheure Ausdehnung angenommen hatte. Vgl. unten a. E. dieser Abhdlg.
[4]) Vgl. S. A. XXIII 136 (Berlin!)

Störung in Anspruch genommene Handlung mit des Klägers *Zustimmung* vorgenommen hat.

„Der Einwand" — so heißt es hierzu in einem bereits zitierten Erkenntnis des OAG. zu Celle (7. VI. 1857)[1]) — „daß der Kläger selbst dem Beklagten gestattet habe, . . . diejenige Handlung vorzunehmen, welche äußerlich als Störung des Besitzes erscheint, ist nicht als eine . . . im Besitzprozesse unzulässige . . . Einrede zu betrachten, weil dadurch . . . nur . . . die Abwesenheit eigenmächtiger Besitzstörung behauptet wird."

Ferner entfällt der Begriff der Besitzstörung nach gemeinem Recht auch in solchen Fällen, wo der Beklagte etwa auf Grund einer *nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen* ihm zustehenden Befugnis gehandelt hat, beispielsweise im Rahmen erlaubter Selbsthilfe oder einer Legalservitut in die Besitzsphäre des Klägers eingedrungen ist.

Was endlich die *Verjährung*[2]) angeht, auf welche sich der Beklagte zu seiner Verteidigung berufen kann, so finden wir den dem römischen Recht durchaus entsprechenden Standpunkt des gemeinen Rechts hierüber ausgesprochen in zwei Entscheidungen bei Seuffert, welche keines weiteren Kommentars bedürfen. Es heißt dort:

„Das Interdikt wegen Erhaltung des Besitzes verjährt, soferne damit der Anspruch auf Ersatz des durch die Besitzstörung erlittenen Schadens verfolgt wird, . . . durch Ablauf eines annus utilis von der Besitzstörung an. Doch findet . . . auch in dieser Beziehung eine Klage nach dem Ablauf eines Jahres noch statt, wenn der Gegner durch die Störung etwas gewonnen hat, und auf den Schutz im Besitz selbst bezieht sich die Bestimmung der einjährigen Frist überhaupt nicht. . . . Erfolgt aber eine neue Störung, so ist nicht abzusehen, wie daraus, daß seit einer früheren jetzt gar nimmer in Betracht kommenden Störung mehr als ein Jahr abgelaufen ist, der Ausschluß des Interdikts auch wegen der neuen Störung folgen sollte,"[3])

und weiter:

„. . . von dem i. u. p. könne nach Ablauf eines Jahres nur insofern kein Gebrauch mehr gemacht werden, als der Ersatz eines Schadens angesprochen werde, da die Verjährung sich nur auf den vergangenen Akt der Störung und den deshalb zu leistenden Schadensersatz beziehe, sie aber nicht die Wirkung habe, daß der Störende nun als im Besitz der

[1]) Vgl. S. A. XII 33 auch Windscheid-Kipp a. a. O. S. 174.

[2]) Eigentümlicherweise äußert sich Schader über die Verjährung beim p. o. gar nicht.

[3]) Vgl. S. A. XIII 315 (Entschdg. d. Obertribunals zu Stuttgart vom 5. IV. 1843).

Sache befindlich zu betrachten wäre, vielmehr das Interdikt wegen jeder neuen Störung von neuem angestellt werden könne." —[1])

§ 16.

Zusammenfassende Definition der Besitzstörung im Sinne des p. o.

Eine abschließende Zusammenfassung über das Wesen der Besitzstörung nach gemeinem Recht wird nach dem Gesagten folgendermaßen lauten müssen:

Besitzstörung im Sinne des p. o. ist jeder absichtliche oder unabsichtliche Eingriff in fremdes Besitztum, welcher

entweder noch fortwirkt,

oder sich voraussichtlich wiederholen wird,

oder welcher — obwohl noch nicht geschehen — nach den Äußerungen bezw. dem ganzen Gebahren des Gegners objektiv unmittelbar bevorsteht,

es sei denn, daß seit dem Eingriff bezw. seit den fr. Äußerungen pp. mehr als ein Jahr verstrichen ist, oder daß der Eingriff auf Grund eines Rechtsbesitzes oder auf Grund einer aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen bezw. aus der Einwilligung des Besitzes abgeleiteten Befugnis vorgenommen werden darf, oder aber, daß der Besitzer dem Störer gegenüber vitiös besitzt.

Ob im übrigen der Eingriff durch eine positive Handlung oder durch eine dauernde Vorrichtung geschieht, ob der Störer sich selbst Besitz anmaßt oder ob er den Besitz des Gestörten in Abrede nimmt, oder nicht, ist ebenso belanglos, wie ob er sich etwa dabei auf ein dingliches oder obligatorisches Recht beruft. Die objektive Tatsache des Eingriffs ist ausschlaggebend.

Charakterisiert sich aber die Handlungsweise, gegen welche der Besitzer sich schützen will, nicht als einen Eingriff[2]), oder doch nur als einen einmaligen vorübergehenden Eingriff in die fremde Besitzsphäre, so fällt sie nicht unter den Begriff der Besitzstörung des gemeinen Rechts und kann mit dem p. o. nicht geahndet werden.

---

[1]) Vgl. S. A. VII 43 ferner VII 270.

[2]) Siehe Beispiele S. 60, auch Anm. 2 das.

C. Dritter Teil: Bürgerliches Recht.

§ 17.

Der Schutz des Besitzes im BGB.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Unterscheidung des römischen und gemeinen Rechts zwischen der „possessio“ oder dem „juristischen Besitz“ und der bloßen „Detention“ aufgegeben. Es nennt ganz allgemein das Besitz, was auch die Auffassung des Lebens darunter versteht.[1]) Der erste Entwurf zwar hatte noch Besitz und Inhabung unterschieden und als Besitzer gemäß der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie nur den Inhaber cum animo rem sibi habendi bezeichnet.[2]) Im zweiten Entwurf jedoch, und ihm folgend im BGB. ist dieser Gegensatz fortgefallen, so daß nunmehr jeder Inhaber einer Sache im natürlichen Sinne grundsätzlich zugleich auch Besitzer im technischen Sinne ist. Eine — fast selbstverständliche — Ausnahme hiervon besteht lediglich für den sogen. „unselbständigen Inhaber“,[3]) welcher hinsichtlich der Ausübung der Herrschaft über die Sache zu einem andern in einem „äußerlich erkennbaren Abhängigkeitsverhältnisse“ (Dernburg) steht, so daß er gewissermaßen als bloßes Werkzeug des Besitzers erscheint. Hier hat das BGB., wieder der Anschauung des praktischen Lebens folgend, den Besitz nur dem „Herrn“[4]) zugesprochen und damit in der unselbständigen Inhabung einen Besitz nicht anerkannt.[5])

Während so das BGB. den Gegenstand des Besitzschutzes durchaus neu und abweichend vom bisherigen Rechte geregelt hat, fand es bei der Lösung der Frage nach der Art des Besitzschutzes im gemeinen (bezw. römischen) Recht ein brauchbares

---

[1]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 3, Buchka a. a. O. S. 165, Dernburg Pand. I § 174 S. 405 Anm. 6, Fischer-Henle a. a O. Anm. 2 zu § 854 BGB., Denkschrift S. 109, Windscheid-Kipp a. a O. S. 689, Schader a. a. O. S. 53, Regelsberger a. a. O. S. 19 f., Sohm a a. O. S. 12, Endemann a. a. O. S. 194, Planck a. a. O. S. 29, Matthiaß a. a. O. S. 5, Biermann a. a. O. S. 3 u. S. 5, Engelmann a. a. O. S. 475.

[2]) Vgl. § 797 E I. Besitzschutz freilich hatte schon E I jedem Inhaber gewähren wollen. Vgl. §§ 815, 819, 820 E I, ferner Buhl a. a. O. S. 20, v. Liebe a. a. O. S 1—12, Endemann-Gareis a. a. O. S. 201, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 689.

[3]) So Strohal a. a. O. S. 5, Matthiaß a. a. O. S. 5, Biermann a. a. O. S. 10, Regelsberger a. a. O. S. 20.

[4]) Im Gegensatz zum „Besitzdiener“, vergl. Bekker in Jhr. Jhrb. Bd. XXXIV S. 46.

[5]) Damit steht nicht im Widerspruch, daß das BGB. im § 860 den Besitzdiener das Recht der Selbsthilfe gegen verbotene Eigenmacht gewährt.

Vorbild. In Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte wird deswegen auch im BGB. zwischen den Fällen der Besitzentziehung und der Besitzstörung unterschieden;[1]) den interd. recuperandae possessionis entsprechend gewährt das Gesetz den Schutz des § 861, während die interd. retinendae possessionis (das i. u. p. bezw. p. o.) durch die sogen. Besitzstörungsklage des § 862 BGB. ersetzt sind.[2]) Dieser § lautet:

> Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.
>
> Abs. II. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist.

Aktiv legitimiert erscheint hiernach, ganz wie im bisherigen Rechte, der gegenwärtige Besitzer,[3]) und das Ziel der Klage ist die Wiederherstellung des früheren — ungestörten — Besitzstandes[4]) und die Sicherung gegen später wiederholte Störung.[5]) Dagegen kennt die Klage im Gegensatz zum gemeinen Recht keinerlei Berücksichtigung des Schadensersatzes. War schon im späteren gemeinen Recht durch das Hineintragen eines Schulderfordernisses für den Schadensersatzanspruch eine innerliche Scheidung zwischen Besitzstörungsklage und Schadensersatzklage herbeigeführt worden, so hat das BGB. diese Entwicklung und die Aufgabe der Besitzklage nur noch folgerichtiger zur Geltung gebracht, wenn es die Schadensersatzfrage ganz vom Besitzprozesse loslöste und ausschließlich petitorischen Rechtsmitteln überließ.[6])

---

[1]) Vgl. Denkschrift S. 111 auch Einl. dieser Abhdlg.

[2]) So einfach und klar es begrifflich erscheinen mag, die Entziehung von der bloßen Störung abzugrenzen, so schwierig wird dies praktisch in einzelnen Fällen sein. Ein Übelstand erwächst jedoch hieraus weiter nicht, denn eine Verfehlung gegen § 230 CPO. liegt nicht in einer falschen Bezeichnung, und überdies kann „der Kläger die Ansprüche aus den §§ 861, 862 in der Art miteinander verbinden, daß er seinem auf einen dieser Paragraphen gestützten und in erster Linie gestellten Begehren noch ein Eventualbegehren anschließt". Vgl. Strohal a. a. O. S. 133 Anm. 122, auch Neumann Hdausgb S. 578 unter 4, Planck a a. O. S. 47, Bendix a. a. O. S. 71, Gaertner a. a. O. S. 162, Staudinger a. a. O. Bd. III S. 37.

[3]) und zwar der mittelbare wie der unmittelbare. Vgl. § 869 BGB. ferner Matthiaß a. a. O. S. 14, Planck a. a. O. S. 50, Bunsen a. a. S. 79/80 Staudinger a. a. O. Bd. III S. 41.

[4]) Denkschrift S. 112, Strohal a. a. O. S. 135, Bunsen a. a. O. S. 80, Matthiaß a. a. O. § 5 S. 15.

[5]) Vergl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 711, Engelmann a. a O. S. 490, Buhl a. a. O. S. 35, Biermann a. a. O. S. 25.

[6]) Vergl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 711 unter [1]), Biermann a. a. O. S. 25, Matthiaß a. a. O. § 5 S. 15, Strohal a. a. O. S. 117, Planck a. a. O. S. 47, Endemann a. a O. S. 229, Josef a. a. O. S. 288, Neumann Hdausgb. S. 580, ferner Entschdg. d. Reichsger. vom 30. I. 1907 abgedr. im Recht 11. Jhrg. 1907 S. 310.

Passiv legitimiert erscheint gegenüber der Klage aus § 862 BGB. derjenige, welcher die dort erwähnte Störung verübt.

Das prozessuale Verfahren bietet keinerlei Besonderheiten mehr und bedarf deswegen keiner speziellen Darstellung.[1])

§ 18.

Die Besitzstörung nach BGB.

Was versteht nun das BGB. unter Störung des Besitzes? Aus den Worten des § 862 geht hervor, daß eine Besitzstörung im Sinne des Gesetzes nur eine durch verbotene Eigenmacht verübte sein kann, und daß ferner diese durch verbotene Eigenmacht herbeigeführte Veränderung des Besitzstandes so beschaffen sein muß, daß überhaupt eine „Beseitigung" verlangt werden kann, oder daß wenigstens weitere Störungen zu besorgen sind.

So wichtig diese Angaben, wie wir gleich sehen werden, im einzelnen sind, so wenig sagen sie uns erschöpfend, was denn nun eigentlich im BGB. unter der Störung des Besitzes zu verstehen sei: eine Definition der Besitzstörung gibt uns das BGB. nicht.[2])

Es bleibt deshalb nichts Anderes übrig, als an der Hand der Literatur und Praxis die Stellung des BGB. zu den obigen Kontroversen zu untersuchen, des weiteren auf die dem Beklagten nach bürgerlichem Rechte zustehenden Verteidigungsmittel einzugehen, und sodann in Verbindung mit dem direkt im § 862 Gesagten den Begriff der Besitzstörung nach BGB. festzustellen.

Positive Handlungen, oder auch dauernde Vorrichtungen?

Inbetreff der Frage, ob immer eine positive Handlung erforderlich sei, oder ob auch störende Vorrichtungen und Anlagen eine Besitzstörungsklage begründen können, ist, soweit ich sehe, nur Cosack[3]) der Ansicht, daß der Begriff der Besitzstörung stets eine persönliche Handlung des Störers erfordert. „Besitzentziehung und Besitzstörung" — sagt er — „müssen auf der Handlung eines andern beruhen," und er fährt dann in einer Anmerkung hierzu fort: „demnach gehört beispielsweise nicht hierher der Fall, daß . . . die Mauer auf des Nachbarn Grundstück durch eine Überschwemmung zerstört wird und die Steintrümmer über die Grenze fallen."

Cosacks Meinung dürfte aber kaum zutreffen. Allerdings heißt es in den §§ 858 und 863 BGB.: Wer den Besitzer ohne

[1]) Vgl. Bunsen a. a. O. S. 80, Neumann Hdausgb. S. 580.
[2]) Vgl. Turnau-Förster a. a. O. S. 63.
[3]) Vgl. Cosack a. a. O. S. 78, auch Crome a. a. O. S. 70 Anm. 28, aber S. 71 Anm. 36 spricht Crome von „beeinträchtigenden Anlagen."

dessen Willen . . . im Besitze stört, handelt widerrechtlich", und „gegenüber den . . . Ansprüchen kann ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung . . ." Aber da die Klage aus § 862 in erster Linie auf Beseitigung der Störung geht und sich damit offenbar gegen einen tatsächlichen Zustand richtet, welcher fortwirkend den Besitz beeinträchtigt, so geht hieraus deutlich hervor, daß grade den Besitz störende dauernde Vorrichtungen und Anlagen unter den Begriff der Besitzstörung fallen. So haben denn auch Planck,[1]) Maenner,[2]) Matthiaß,[3]) Endemann,[4]) Crome,[5]) Turnau-Förster,[6]) Kniep,[7]) Biermann,[8]) Gerstel,[9]) Krahé,[10]) Meißner,[11]) Ungerer,[12]) Bunsen,[13]) Buhl,[14]) Strohal,[15]) Neumann,[16]) Dernburg[17]) und Schader,[18]) obgleich sie vielfach bei der Besprechung des § 858 als verbotene Eigenmacht eine positive Handlung verlangen, beim § 862 ausdrücklich die Möglichkeit zugegeben, daß Anlagen und dauernde Vorrichtung besitzstörend wirken können. Und diese Ansicht wird auch in der Denkschrift[19]) sowie in den Motiven[20]) vertreten, wo beide Male ausdrücklich „Anlagen" als Beispiele einer Besitzstörung angeführt werden.

Nach alledem dürfen wir annehmen, daß jene Worte des Gesetzes nur der Kürze wegen gewählt sind, und daß „Handlung" bezw. „handeln" hier nicht streng wörtlich im Sinne eines persönlichen facere aufgefaßt werden darf,[21]) sondern daß auch nach BGB. § 862, ebenso wie für das römische und gemeine Recht festgestellt ist, wegen störender Anlagen und dauernder Vorrichtungen die Besitzstörungsklage erhoben werden kann.

Animus turbandi pp.

Bezüglich der Frage, ob zu einer Besitzstörung Turbationsabsicht, animus turbandi des Störers erforderlich sei, steht die

[1]) Vgl. Planck a. a O. S. 50.
[2]) Vgl. Maenner a. a. O, S. 105.
[3]) Vgl. Matthiaß a. a. O. S. 15.
[4]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 244.
[5]) Vgl. Crome a. a. O. S. 71 Anm. 36.
[6]) Vgl. Turnau-Förster a. a. O. S. 63.
[7]) Vgl. Kniep a. a. O.
[8]) Vgl. Biermann a. a. O. S. 23, 25.
[9]) Vgl. Gerstel a. a. O. S. 17.
[10]) Vgl. Krahé a. a. O. S. 43.
[11]) Vgl. Meißner a. a. O. S. 18.
[12]) Vgl. Ungerer a. a. O. S. 41.
[13]) Vgl. Bunsen a. a. O. S. 80.
[14]) Vgl. Buhl a. a. O. S. 35.
[15]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 134.
[16]) Vgl. Neumann Hdausgb. S. 580.
[17]) Vgl. Dernburg Sachenrecht § 25 S. 79.
[18]) Vgl. Schader a. a. O. S. 65, 66 ebenso die Praxis.
[19]) Vgl. Denkschrift S. 112.
[20]) Vgl. Mot. a. a. O. S. 125 zu § 820 des Entwurfs.
[21]) Kann doch nach den eigenen Worten des Gesetzes eine „Handlung" gelegentlich sogar in einem Unterlassen bestehen.

durchaus herrschende Meinung mit der Denkschrift[1]) auf dem Standpunkt, daß es nach geltendem Rechte lediglich auf die objektive Widerrechtlichkeit der Störung ankommt, während alle subjektiven Momente, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Absicht oder Bewußtsein des Störers, fremden Besitz zu stören, keine Begriffsmerkmale einer Besitzstörung im Sinne des § 862 sind, und zwar deswegen nicht, weil die „verbotene Eigenmacht", auf welcher ja, wie bereits hervorgehoben wurde, die Besitzstörung im BGB. beruhen muß, nur erfordert, daß der Besitzer ohne seinen Willen im Besitz gestört ist, ganz gleichgültig, ob der Eingreifende in bösem oder „gutem Glauben, ja vielleicht sogar in der Meinung, eigenen Besitz auszuüben",[2]) gehandelt hat.[3])

Zu einer anderen Ansicht kommt freilich Gaertner,[4]) welcher die sog. subjektive Auffassung der verbotenen Eigenmacht vertritt und daher bei einer Besitzstörung nach BGB. stets Verschulden des Störers verlangt, Gaertner meint, der Ausdruck „verbieten" im § 858 BGB. spräche für das Erfordernis einer bewußten Übertretung; im übrigen stützt er sich auf die Fassung der §§ 992, 2025 BGB., wo derjenige, welcher sich durch verbotene Eigenmacht Besitz verschafft hat, nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haften soll. Da nun bei unerlaubten Handlungen grundsätzlich ein Verschulden Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht ist, so — folgert Gaertner — müsse auch die verbotene Eigenmacht begrifflich schuldhaftes Handeln, subjektive Widerrechtlichkeit involvieren, und infolgedessen könne es auch bei einer Besitzstörung, die ja im BGB. immer auf verbotener Eigenmacht beruhe, unter Umständen sehr wohl auf die Gesinnung des Täters ankommen, nämlich dann, wenn ihm keine Fahrlässigkeit zur Last falle.

---

[1]) Vgl. Denkschrift S. 110, 112, Protokolle Bd. III S. 36, ferner Matthiaß a. a. O. S. 15, Bernhöft in Birkmeiers Enkyklop. S. 487 u. bürg. Recht Bd. III S. 161, Bunsen a. a. O. S. 71, Biermann a. a. O. S. 17, 23 Anm. 2. Endemann a. a. O. S. 228 u. Anm. 4 das., Planck a. a O. S. 44, Note b, Kniep a. a. O. S. 314, 435, Maenner a. a. O. S. 102, Kuhlenbeck a. a. O. S. 467, Bendix a. a. O. S. 19, Cosack a. a. O. S. 79, Bekker in Iher. Jhrb. Bd. XXXIV S. 67, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 6 zu § 862, Crome a. a. O. S. 70 Anm. 28, Buhl a. a. O. S. 33, Engelmann a. a. O. S. 488 (II b), v. Buchka a. a. O. S. 167, Strohal a. a. O. S. 49, Neumann Hdausgb. S. 575, 580 u. Jahrb. Bd. I S. 514, 515 Bd. II S. 527, Regelsberger a. a. O. S. 36, Krahé a. a. O. S. 20, Schulenburg a. a. O. S. 36, Ungerer a. a. O. S. 39, 70, Schader a. a O. S. 66, außerdem: Rechtspr. OLG. Bd. VI S. 256 auch Bd. III S. 26 S. A. LX 9, ferner Staudinger a. a. O. Bd. III S. 30.

[2]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 49 auch § 858 des Gesetzes.

[3]) Vgl. auch Denkschrift S. 110. „Zum Begriff der verbot. Eigenmacht gehört nicht, daß der Besitz vorsätzlich oder fahrlässig entzogen oder gestört wird."

[4]) Vgl. Gaertner a. a. O. S. 138, 164 ff. auch Josef a. a. O. S. 275. Von einer „Absicht des Störenden" spricht auch Luther a. a. O. S. 41.

Aber Gaertners Auffassung von der verbotenen Eigenmacht und infolgedessen von der Besitzstörung ist nicht zu billigen. Sein Schluß aus dem Worte „verbieten“ im § 858 BGB. ist durchaus nicht zwingend, vielmehr eine bloße Wortspielerei; der Umstand aber, daß die Vorschriften über Schadensersatz in den §§ 992, 2025 BGB. ausdrücklich für anwendbar erklärt werden mußten, weist direkt gegen Gaertner darauf hin, daß sie ohne diese Sondervorschrift keine Anwendung finden würden und grade mit Rücksicht auf den Mangel der Voraussetzungen unerlaubter Handlungen hier besonders herangezogen werden mußten. Dazu kommt, daß Gaertners Meinung von der verbotenen Eigenmacht auch mit den Worten der Denkschrift[1]) in Widerspruch stehen, wo es heißt:

„Zum Begriff derselben, (sc. der verbotenen Eigenmacht) gehört nicht, daß der Besitz vorsätzlich oder fahrlässig entzogen oder gestört wird. Wohl aber ist nach § 807 (d. Entw.) die Schadensersatzpflicht von einem schuldhaften Zuwiderhandeln gegen das Verbot abhängig.“

Und dieser Auffassung hat sich auch das Reichsgericht[2]) unbedingt angeschlossen; so wird beispielsweise in einer Entscheidung vom 7. Februar 1908[3]) gesagt:

„Der objektive Tatbestand genügt für den Begriff der verbotenen Eigenmacht. Auf den guten oder bösen Glauben des (Störers) kommt es nicht an. Selbst wenn dieser guten Glaubens das Einverständnis des . . . . . Besitzers angenommen hätte, würde daher an dem Vorhandensein der verbotenen Eigenmacht nichts geändert werden.“

Und ferner heißt es in Bd. 55 S. 57[4]) der gesammelten Entscheidungen:

---

[1]) Vgl. Denkschrift S. 110. Die Motive S. 118 sind unklar und sich selbst widersprechend. Es heißt dort: „Es wird nicht verlangt, daß das — in § 814 E I enthaltene — Verbot in schuldhafter Weise übertreten ist, sondern nur, daß so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit jeden entschuldbaren Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen.“ Zuerst verlangen die Mot. hier nicht, daß eine Schuld vorliegen müsse, und dann wollen sie den Täter bei Abwesenheit des dolus und jeden Grades der culpa als Ausüber verbotener Eigenmacht nicht ansehen. Vgl. Krahé a. a O. S. 19, auch Bunsen S. 71, der diesen Widerspruch nicht findet.

[2]) daß praktische Erwägungen gegen Gaertner sprechen und seine Ansicht als höchst ungerechtfertigt erscheinen lassen, bedarf kaum der Erwähnung. Abgesehen davon, daß dem Besitzer der Beweis, der Störer habe dolos oder culpos gehandelt, außerordentlich schwer gelingen wird, selbst wenn tatsächlich dolus oder culpa des Beklagten vorliegt, sind die Fälle der Eigenmacht ohne dolus und culpa überaus zahlreich, und bei der Gaertnerschen Auffassung würde deshalb der Besitz in den meisten Fällen tatsächlich ungeschützt bleiben.

[3]) Vgl. auch Rechtspr. d. OLG. Bd. III, 26 IX, 295 XII, 71.

[4]) Vgl. auch Soergel Rechtspr. 1908 (9 Jahrgang, Stuttgart 1909) S. 313, ferner ders. 1907 (8. Jahrgang) S. 360.

„Verbotene Eigenmacht im Sinne des Gesetzes ist jede Handlung, durch die der Besitzer ohne seinen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird, sofern die Handlung nicht ausnahmsweise gesetzlich gestattet ist. Damit ist der Begriff der verbotenen Eigenmacht erschöpft. Weder ist erforderlich, daß die betreffende Handlung einem besonderen Verbotsgesetze zuwiderläuft, noch daß der Handelnde eine Störung des Besitzes beabsichtigt oder als Folge seiner Handlung vorausgesehen hat. Daß ein Verschulden vorliegt, ist kein Begriffsmerkmal, sondern nur event. für die Entschädigungsfrage erheblich."

Wir können uns deshalb unbedenklich auf den Standpunkt der herrschenden Ansicht stellen und sagen: subjektive Widerrechtlichkeit des Störers, Vorsatz, „Absicht und Bewußtsein", fremden Besitz zu stören, sind nach bürgerlichem Rechte keine Erfordernisse der Besitzstörung.

Anmassen bezw. Bestreiten.

Die Antwort auf die dritte der oben angeführten Fragen, ob der Störer sich selber Besitz anmaßen oder wenigstens den fremden Besitz leugnen muß, ergibt sich unschwer aus dem über das Wesen der verbotenen Eigenmacht Gesagten. Die Klage aus § 862 BGB. ist zur Feststellung eines streitigen Besitzstandes absolut ungeeignet; sie richtet sich gegen die objektive Tatsache der Störung, und diese erfordert begrifflich in keiner Weise, daß der Störer selbst Besitz behauptet oder den fremden Besitz bestreitet. Wenn der Beklagte dies tut, so ist das für den Begriff der Störung belanglos.[1])

Verletzung des Besitzes. (Eingriffsprinzip.)

Ebensowenig kann es einem Zweifel unterliegen, daß nach geltendem Rechte die Störung stets eine Beziehung auf den Besitz als solchen haben muß, und daß keineswegs jede Beeinträchtigung der Person des Besitzers bezw. der besessenen Sache zur Anstellung der Klage genügt. Heißt es doch ausdrücklich im Gesetze: „Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, . . ."

Diese Beziehung auf den Besitz sieht das Gesetz — in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht — aber nur dann

---

[1]) Nicht ganz am Platze, aber doch erwähnenswert ist hier eine Entsch. des OLG. Dresden vom 6. V. 01, abgedruckt bei Soergel Rechtspr. 1900/01 (1. u. 2. Jhrg.) S. 91/2: „Der Rechtsbehelf des § 862 ist nicht bloß dann gegeben, wenn der Gegner sich ein die Freiheit des Besitzes beschränkendes Recht anmaßt, sondern es genügt, daß ein tatsächlicher Eingriff in das Besitzrecht stattgefunden hat, und dieser kein vorübergehender gewesen ist, sondern die Besorgnis des Besitzers, er werde sich wiederholen, als objektiv gerechtfertigt erscheint."

für gegeben an, wenn sich die Beeinträchtigung als einen Eingriff in den Besitzstand des Gestörten, einen Übergriff über die Grenzlinie,[1]) darstellt. Das geht schon deutlich hervor aus den Worten der Motive,[2]) wo ausgeführt wird:

„. . . die Störung selbst kann körperlich fortdauern, z. B. wenn der Störer von einem Nachbargebiet aus in die räumliche Machtsphäre des gestörten Besitzes hinüberwirkt oder hineinragende Anlagen hält, oder wenn er in das Gebiet desselben Sachen hineingeschafft, vielleicht Gebäude errichtet hat und dort beläßt . . .“

der gleichen Auffassung folgt die Denkschrift[3]) und schließen sich die meisten Schriftsteller an. So heißt es beispielsweise bei Meißner:[4])

„Lediglich der obj. widerrechtliche Eingriff genügt, um den Anspruch des Besitzers auf Wiederherstellung des bisherigen Besitzstandes zu begründen“,

und ferner:[5])

„beide Klagen (aus § 861 u. § 862 BGB.) beruhen auf demselben Grunde, dem eigenmächtigen Eingriff in den Besitzstand . . .“

und später nochmals:[6])

„Voraussetzung ist ein eigenmächtiger Eingriff, d. h. wie bisher, ein auf den äußeren Zustand einwirkendes und ihn veränderndes Handeln. Ein solches aktives Eingreifen . . .“

Ebenso denkt Bendix,[7]) wenn er ausführt:

„Der Besitz muß gestört, d. h. ein unmittelbarer Eingriff in denselben bewirkt sein“.

Und Gerstel[8]) sagt:

„Die Klage aus § 862 BGB. richtet sich gegen jeden störenden Eingriff in den Besitzstand des Klägers“.

Doch genug der Zitate. Die nämliche Auffassung findet sich bei Strohal,[9]) Dernburg,[10]) Turnau-Förster,[11]) Planck,[12])

---

[1]) welche natürlich nur im einzelnen Falle festgestellt werden kann.
[2]) Vgl. Motive Bd. III S. 125.
[3]) Vgl. Denkschrift S. 112.
[4]) Vgl. Meißner a. a. O. S. 14.
[5]) das. S. 15.
[6]) das. S. 18.
[7]) Vgl. Bendix a. a. O. S. 18.
[8]) Vgl. Gerstel a. a. O. S. 17.
[9]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 133 „ . . der in den fremden Besitz erfolgte Eingriff muß . . .“
[10]) Vgl Dernburg bürg. Recht Bd. III S. 79.
[11]) Vgl. Turnau-Förster a. a. O. S. 63, wo direkte und indirekte Eingriffe unterschieden werden.
[12]) Vgl. Planck a. a. O. S. 50 „ . . . Anlage, die in den Machtbereich des Besitzers hineinragt oder hinüberwirkt . . .“

Maenner,[1]) Bernhöft,[2]) Matthiaß,[3]) Kniep,[4]) Crome,[5]) Endemann,[6]) Staudinger,[7]) Schader[8]) und zahlreichen anderen, und den gleichen Standpunkt vertrittt durchweg die Praxis. Bei jeder Besitzstörung im Sinne des BGB. handelt es sich also um einen Eingriff in den Besitzstand, um einen Übergriff in das räumliche Machtgebiet des Gestörten, und in diesem Sinne kann Endemann mit Recht sagen:[9])

„Jede Besitzstörung enthält eine Immission."

Freilich ist — ebenso wie im gemeinen Recht — nicht auch das umgekehrte der Fall. Nicht jeder durch verbotene Eigenmacht bewirkte Eingriff in fremden Besitz, nicht jede Immission begründet einen Anspruch aus § 862 BGB. und ist eine Besitzstörung. Eine solche liegt nach dem Wortlaut des genannten Paragraphen, wie bereits hervorgehoben wurde, vielmehr nur dann vor, wenn der in fremden Besitz erfolgte Eingriff so beschaffen ist, daß von einer „Beseitigung der Störung" überhaupt die Rede sein kann, oder wenn „weitere Störungen zu besorgen sind".

Daraus ergibt sich, daß die Klage wegen eines geschehenen vorübergehenden Eingriffs nicht anwendbar ist.[10]) Betritt also beispielsweise ein Spaziergänger meinen Garten, um seinen vom Winde fortgetragenen Hut wiederzuholen, pflückt jemand dort einmal ein paar Blumen oder einige Früchte ab, so ist dadurch vielleicht ein Anspruch auf Schadensersatz, möglicherweise auch ein Bereicherungsanspruch gegen ihn begründet, nicht aber ein Anspruch aus § 862, denn eine „Beseitigung der Störung" ist in diesen Fällen nicht denkbar, und eine Klage auf künftige „Unterlassung" hätte mangels jeglicher Besorgung von Wiederholungen

---

[1]) Vgl. Maenner a. a. O. S. 105.

[2]) Vgl. Bernhöft Enzyklop. S. 486 bürg. Recht Bd. III 1, 166.

[3]) Vgl. Matthiaß a. a. O. S. 15.

[4]) Vgl. Kniep a. a. O. S. 437.

[5]) Vgl. Crome a. a. O. S. 61,3. S. 71.

[6]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 227, 243 „Störung bedeutet den eigenmächtigen Eingriff in den Besitzstand eines andern . ." S. 244 „. . Nur solche Eingriffe etc. . ."

[7]) Vgl. Staudinger a. a. O. Bd. III S. 31, auch Regelsberger a. a. O. S. 35.

[8]) Vgl. Schader a. a. O. S. 65 „störender Eingriff".

[9]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 244 Anm. 9. Treffend führt E. das. weiter aus: „Auch sogen. unkörperliche Immissionen, wie die Zuführung von Kälte, elektrischen Strömen usw. könne eine Besitzstörung enthalten. Nicht aber z. B. Verbauen der Aussicht, da hierdurch nur auf die Benutzungsart oder auf die Person des Nachbars eingewirkt und nicht der Frieden der körperlichen Besitzgewalt gestört wird. Diese engere Begrenzung gründet sich auf §§ 858, 862, „im Besitz gestört" gegenüber „Beeinträchtigung des Eigentums" in § 1004".

[10]) Vgl. Bernhöft bürg. Recht Bd. III 1 S. 166, Endemann a. a. O. S. 244 Anm. 9, Planck a. a. O. S. 51.

ebenfalls keinen Sinn.[1]) Nur wenn durch den Eingriff ein Zustand geschaffen ist, welcher fortwirkend den Besitz beeinträchtigt, oder wenn eine Wiederholung des Eingriffs objektiv zu befürchten ist,[2]) liegt eine Besitzstörung im Sinne des § 862 BGB. vor.

Besitzstörung durch Worte.

Die Frage, ob auch durch Worte ein Zustand der Rechtsunsicherheit herbeigeführt werden kann, welcher die Anstellung der Klage aus § 862 rechtfertigt, sollte nach dem Ausspruch der Motive zum BGB. der Entscheidung durch Doktrin und Praxis überlassen werden. Von einer kleinen Anzahl von Schriftstellern[3]) wird nun die Möglichkeit einer verbalen Störung des Besitzes im BGB. überhaupt bestritten. Nicht mit Recht, wie mir scheint. Allerdings muß gegeben werden, daß von einer Beseitigung der Störung nur bei tatsächlichen Veränderungen im Besitzstande gesprochen werden kann, und daß dieser Ausdruck insbesondere nicht auf die — bloß „vorübergehenden" — Verbalstörungen paßt. Aber deshalb die Möglichkeit der letzteren überhaupt zu verneinen, dürfte um so weniger zutreffend sein, als der zweite Satz des Absatz I § 862 deutlich zeigt, daß man den Wortlaut nicht in dieser Weise pressen darf. Hier ist grade für die Fälle, wo an keine „Beseitigung" gedacht werden kann, ein wirksames Mittel — die Verurteilung des Störers zur Unterlassung — gegeben worden.[4]) Dieses richterliche Verbot ist aber, wie wir sahen, abhängig davon, daß „weitere Störungen zu besorgen" sind, d. h. künftige reale Eingriffe im geschilderten Sinne mit Sicherheit erwartet werden müssen.

Daraus ergibt sich, daß bloßes Anmaßen eigenen oder Bestreiten fremden Besitzes als Besitzstörung im Sinne des § 862 BGB. in den meisten Fällen nicht angesehen werden kann. „Denn hierdurch wird der Besitzer in der Ausübung der

---

[1]) Vgl. Denkschrift S. 112, Engelmann a. a. O. S. 490, Biermann a. a. O. S. 23/4, Buhl a. a. O. S. 35, Matthiaß a. a. O. S. 15, Strohal a. a. O. S. 133 ff., aus ihm stammen auch die gewählten Beispiele.

„Fällt die Störung bezw. die Besorgnis weiterer Störungen im Laufe des Rechtsstreits fort, so ist der Prozeß in der Hauptsache erledigt und nur noch hinsichtlich der Kosten zu entscheiden. RG. Jur.-Woch. 05. S. 140, Neumann Hdausgb. S. 580.

[2]) Die Besorgnis weiterer Störungen erfordert mehr als die bloße abstrakte Möglichkeit, daß ein schadenbringendes Ereignis sich wiederholen könnte. Entsch. RG. in der Jur.-Woch. 06 (35. Jhrg.) S. 555.

[3]) Vgl. vor allem Dernburg bürg. Recht Bd. III S. 79, Hellwig a. a. O. § 3 S. 28 Anm. 11.

[4]) Für diese Auffassung spricht auch die Entstehungsgeschichte wie vor allem das praktische Bedürfnis. Vgl. Biermann a. a. O. S. 23 ferner Cosack a. a. O. § 190, Planck a. a. O. S. 51 No. 2 a β zu § 862, Josef a. a. O. S. 275, Endemann a. a. O. S. 246 Anm. 17, Maenner a. a. O. S. 206, Matthiaß a. a. O. S. 15 (vom OLG. Braunschweig als Gegner d. Ansicht bezeichnet) u. Rechtspr. OLG. Bd. IV S. 290, Staudinger a. a. O. Bd. III S. 32.

tatsächlichen Gewalt über die Sache noch nicht beeinträchtigt“ [1]) und eine „Besorgnis weiterer Störungen“ wird gewöhnlich nicht bestehen.[2]) In solchem Falle ist der Besitzer zu seinem Schutze auf die Erhebung einer positiven oder negativen Feststellungsklage beschränkt.[3]) Muß jedoch der Besitzer, ohne übertriebene Ängstlichkeit zu bezeigen, aus den besitzanmaßenden bezw. besitzbestreitenden Äußerungen heraushören, daß den Worten bald die Taten folgen werden, so wird man sagen dürfen, daß dann die Voraussetzungen des § 862 Abs. I Satz 2 BGB. erfüllt sind und der Besitzer sich eine solche Beunruhigung nicht gefallen zu lassen braucht, m. a. W., daß in solchem Falle auch in dem bloß wörtlichen Besitzanmaßen bezw. dem wörtlichen Bestreiten des Besitzes eine Besitzstörung im Sinne des Gesetzes vorliegt. Die Frage, ob Anmaßen eigenen oder Bestreiten gegnerischen Besitzes eine Besitzstörung im Sinne des § 862 ist, wird demnach je nach den Umständen verschieden zu beantworten sein, und es wird die Aufgabe des Richters sein müssen, im einzelnen Falle genau zu prüfen, ob die Äußerungen des Beklagten objektiv und bei durchschnittlichem Selbst- und Rechtsbewußtsein, geeignet waren, den Kläger ernstlich zu beunruhigen und die berechtigte Befürchtung demnächstiger realer Eingriffe in seine Besitzsphäre bei ihm hervorzurufen.[4]) Diese Ansicht, die durchaus dem gemeinen Rechte entspricht, wird auch vom Reichsgericht vertreten, wenn es in einer Entscheidung sagt:

> „In der früheren gemeinrechtlichen Rechtsausübung wurde in solchen Fällen (sc. einer verbalen Störung) eine Besitzstörung schon dann angenommen, wenn die wörtliche Bestreitung des Besitzes mit einem förmlichen Verbot fernerer Besitzhandlungen oder mit Androhung tätlicher Verhinderung der Besitzausübung verbunden war . . .
>
> Der erkennende Senat hat sich auch für das BGB. der gemeinrechtlichen Auffassung angeschlossen, weil auch eine bloß seelische Einwirkung auf den Besitzer, wie sie die Bestreitung seines Besitzes, verbunden mit einem förmlichen Verbot fernerer Besitzhandlungen, enthält, eine Beunruhigung

---

[1]) So Biermann a. a. O. S. 23, Vgl. Josef a. a. O. S. 275.

[2]) Nur an diesen Fall denkt offenbar Engelmann a. a. O. S. 489, wenn er sagt: „Die bloße Behauptung, daß der andere nicht Besitzer sei, ist nicht geeignet, den Besitzer in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt zu beeinträchtigen“.

[3]) Vgl. Neumann Hdausgb. S. 580, Biermann a. a. O. S. 23, Gosack a. a. O. § 190, Planck a. a. O. S. 51, Staudinger a. a. O, Bd. III S. 32.

[4]) So Neumann Hdausgb. S. 580. Endemann a. a. O. S. 581 a. E., Cosack a. a. O. § 190, Maenner a. a. O. S. 206, Planck a. a. O. S. 51, auch wohl Josef a. a. O. S. 275 und Matthiaß a. a. O. S. 15. Ferner die höchst beachtenswerte Entsch. d. OLG. Braunschweig, Rechtspr. OLG. Bd. IV S. 290; verkürzt abgedr. b. Soergel 1902 (3. Jhrg.) S. 120, ferner SA. LVII 221, ebenso Neumann Jhrb. Bd. I S. 514, Staudinger a. a. O. Bd. III S. 32.

des Besitzers in seinem Besitze darstellt, und somit durch sie der ruhige Besitz gestört wird."[1])

Ganz ebenso ist es Tatfrage, ob eine Drohung mit künftiger realer Besitzstörung bereits unter den § 862 fällt, nur mit dem Unterschied, daß hier, da die Besorgnis künftiger Störung bei einer ernstgemeinten Drohung regelmäßig anzunehmen sein wird, in den meisten Fällen eine Besitzstörung als vorliegend und dann die Klage aus § 862 als gerechtfertigt anerkannt werden muß. Jedesmal aber wird im einzelnen Falle zu prüfen sein, ob nach Lage der Dinge die Drohungen objektiv[2]) geeignet waren, die Besorgnis ihrer Verwirklichung zu rechtfertigen, oder ob es sich nur um hingeworfene Äußerungen, „leere" Drohungen handelt.[3])

Und dasselbe muß auch für die dritte Art wörtlicher Besitzbeeinträchtigungen, von dem Untersagen klägerischer Besitzhandlungen gelten. Ganz wie im gemeinen Recht ist beim Vorliegen objektiv begründeter Besorgnis vor zukünftigen realen Eingriffen in den Besitz „der Tatbestand der Störung des Besitzes auch dann gegeben, wenn dem Besitzer lediglich die Vornahme weiterer Besitzhandlungen von einem andern untersagt wird."[4])

Als Resultat der Untersuchung über die Verbalstörungen im BGB. ergibt sich: Auch im BGB. braucht sich der Besitzer Verbalstörungen, d. h. solche wörtliche Beeinträchtigungen, denen tatsächliche Eingriffe in den Besitz mit objektiver Wahrscheinlichkeit folgen werden, wenn man nicht gegen sie einschreitet, nicht gefallen zu lassen, und er genießt gegen sie sogleich den Schutz des § 862, nicht erst dann, wenn die Wahrscheinlichkeit zur Wirklichkeit geworden ist.[5])

Vorbereitungen.

Daß auch bei Drohungen tatsächlicher Art, bei Vorbereitungen und Veranstaltungen des Nachbars, welche einen demnächstigen Eingriff in die fremde Besitzsphäre objektiv erwarten lassen,[6])

---

[1]) Entsch. d. Reichsger. SA. LXIII 205 (dort zitiert als vom 25. November 1907), ferner abgedr. Jur.-Woch 37. Jhr. (1908) S. 274 (dort zitiert als vom 25. Februar 1908). Vgl. auch Neumann Jhrb. Bd. VII (1909) S. 388.

[2]) „Die Besorgnis weiterer Störungen muß aber stets nicht nur nach der subjektiven Auffassung des Besitzers, sondern bei verständiger Würdigung der Sachlage begründet erscheinen." So Planck a. a. O. S. 51.

[3]) Vgl. Biermann a. a. O. S. 23/24, Cosack a. a. O. § 190, Neumann Jhrb. Bd. I S. 514, Endemann a. a. O. S. 243. S. 246 Anm. 17 vgl. auch S. 581 a. E.

[4]) Worte einer Entsch. d. RG. vom 25. II. 1908, abgedr. b. Soergel Rechtspr. 1908 (9. Jhrg. 1909) S. 314, ferner in der Jur.-Woch. 37. Jhrg. 1908 S. 274 (No. 8) und S. A. LXIII 364. Vgl. auch Neumann Jhrb. Bd. VII S. 388.

[5]) Vgl. Biermann a. a. O. S. 24.

[6]) was wieder im einzelnen Falle festgestellt werden muß.

der gleiche Standpunkt eingenommen und der Schutz des § 862 gewährt werden muß, bedarf nach dem Gesagten keiner weiteren Begründung.[1])

§ 19.

Verteidigungsmittel des Beklagten.

Wir kommen damit zur Besprechung der dem Beklagten nach bürgerlichem Recht zustehenden Verteidigungsmittel.[2]) Unter diesen ist zunächst zu erwähnen die Vorschrift des Abs. II § 862, nach welchem der Anspruch wegen Besitzstörung ausgeschlossen ist, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger[3]) gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist". Hat also der Besitzer den vom Gegner jetzt gestörten Besitzstand selbst erst innerhalb des letzten Jahres durch eine dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger[4]) gegenüber verübte verbotene Eigenmacht hergestellt,[5]) so kann er keine Ansprüche aus § 862 herleiten, und der Richter muß die etwa angestellte Klage abweisen.

Der hier zugelassene ***Einwand***[6]) ***des fehlerhaften Besitzes*** erinnert an die exceptio vitiosae possessionis des gemeinen Rechts, weicht aber in verschiedenen sehr wesentlichen Punkten von ihr ab.

Einmal erstreckt sich die heutige Fehlerhaftigkeit nicht auf den precario ab adversario possidens,[7]) andererseits aber handelt es sich hier, wie bereits angedeutet, im Gegensatz zum gemeinen Recht, um einen Einwand, nicht um eine bloße Einrede des fehlerhaften Besitzes, m. a. W. der Richter hat die

---

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 245.

[2]) Absichtlich ist dieser farblose Ausdruck gewählt, da hier nicht zwischen Einreden und Einwendungen etc. im technischen Sinne unterschieden werden soll.

[3]) Vgl. im gem. Recht: „ab adversario etc." der Kreis der Personen ist im heutigen Recht weiter gezogen. Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 36.

[4]) Darüber, daß Rechtsvorgänger hier nichts anders heißen kann als Vorgänger im Besitz, vgl. Endemann a. a. O. S. 242 Anm. 28, Planck a. a. O. S. 49 Anm. 4 a β u. vor allem Windscheid-Kipp a. a. O. S. 720.

[5]) Über die verschiedenen hieraus sich ergebenden Kombinationen s. Strohal a. a. O. S. 129 ff., Biermann a. a. O. S. 22, 25 Anm. 7.

[6]) Von einer „Einrede" spricht beispielsweise noch Windscheid-Kipp a. a. O. S. 719, ebenso scheinbar Engelmann a. a. O. S. 489. Der Einwand kann übrigens auch als Replik oder Duplik geltend gemacht werden. Vgl. Biermann a. a. O. S. 22, Planck a. a. O. S. 50, Neumann Hdausgb. S. 579.

[7]) Dieser dritte Fall der gemeinrechtlichen vitiosa possessio gilt im BGB. bei Verweigerung der Herausgabe nicht mehr als fehlerhaft, weil der Prekarist den Besitz mit dem Willen des bisherigen Besitzers erlangt hat. Verweigerung der Herausgabe nach Widerruf der Besitzerlaubnis nötigt den bisherigen Besitzer zur Anstellung der Vertragsklage. Vgl. Endemann a. a. O. S. 227, Biermann a. a. O. 17, Mot. S. 118.

Fehlerhaftigkeit des klägerischen Besitzes nicht nur dann zu berücksichtigen, wenn der Beklagte sie geltend macht, sondern er muß vielmehr die Klage auch dann abweisen, wenn er nur aus dem Vorbringen des Klägers ersieht, daß der von diesem geltend gemachte Anspruch nach § 862 Abs II „ausgeschlossen" ist.[1])

Dazu kommt aber noch, daß dieser Einwand des fehlerhaften Besitzes weiter nur in dem Falle begründet ist, „wenn die ihm zugrunde liegende Besitzstörung nicht weiter als ein Jahr hinter der der Klage zugrunde liegenden zurückliegt.[2]) Hierdurch wird die von Ubbelohde[3]) für das gemeine Recht befürchtete Gefahr eines ewigen Krieges des . . . Beklagten gegen den vitio a se possidens" im bürgerlichen Recht beseitigt.

Ablauf der Ausschlussfrist gem. § 864 Abs. I.

Die hier bestimmte Jahresfrist entspricht der Vorschrift des § 864 Abs. I BGB., nach welchem der Anspruch des Klägers wegen Besitzstörung nach dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht erlischt, „wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird."[4]) Hat also der durch verbotene Eigenmacht hergestellte — fehlerhafte — Besitzstand ein Jahr lang unangefochten bestanden, so ist er durch diese Zeitdauer zu einem unangreifbaren, befriedeten erstarkt und kann wegen seiner Fehlerhaftigkeit nicht mehr beseitigt werden. Diese im Interesse der Sicherung der Besitzzustände und damit der Ordnung des menschlichen Gemeinlebens[5]) außerordentlich wichtige Frist ist — in Abweichung vom gemeinen Recht — keine Verjährungs- sondern eine Präklusivfrist. Die Vorschriften über die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung finden daher auf sie keine Anwendung[6]) und die Folgen ihrer Versäumnis sind stärkere als die im § 222 BGB. an die Vollendung der Verjährung geknüpfte Rechtsfolge; denn

---

[1]) So Strohal a. a. O. S. 129, Matthiaß a. a. O. S. 14, Biermann a. a. O. S. 22 (S. 25 Anm. 7), Planck a. a. O. S. 52, Cosack a. a. O. § 190, Regelsberger a. a. O. S. 36, Endemann a. a. O. S. 247 und Anm. 21 das., Neumann Hdausgb. S. 579, 580 unter II, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 8 zu § 862 bezw. Anm. 10 zu § 861 BGB., Staudinger a. a. O. Bd. III S. 39.

[2]) Vgl. Matthiaß a. a. O. S. 14, 15.

[3]) Vgl. Ubbelohde b. Glück Bd. II S. 527.

[4]) D. h. die Klage zugestellt wird. cf. auch § 207 Abs. I CPO.

[5]) Denn die letztere beruht auf der ersteren. Bei Goethe findet dieser Gedanke wiederholt und in verschiedener Fassung Ausdruck. Bekannt ist sein Wort von der Praxis des Reichskammergerichts (Dichtung und Wahrheit Buch 12): „ . . . dem Staate liegt nur daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei; ob man mit Recht besitze, kann ihn wenig kümmern." Vgl. ferner in den „Wanderjahren" Buch 3 Kapitel 11 insbes. über die soziale Natur des Besitzbegriffs.

[6]) Anders Wendt Arch. f. ziv. Praxis Bd. 92 S. 166, 171 im Gegensatz zu Planck a. a. O. S. 53, Strohal a. a. O. S. 118, Biermann a. a. O. S. 27. Neumann Hdausgb. S. 581, Cosack § 190, Matthiaß a. a. O. S. 14, Bunsen a. a. O. S. 76, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 719.

während die letztere nur darin besteht, daß der Verpflichtete zur Verweigerung seiner Leistung berechtigt ist,[1]) muß der Richter die Versäumnis der Frist aus § 864 BGB. auch dann berücksichtigen, wenn sie ohne vom Beklagten geltend gemacht zu werden, aus dem vorliegenden Prozeßmaterial sich ergibt.

Da der Anspruch wegen Besitzstörung „mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht" untergeht, so ist der Zeitpunkt wichtig, an welchem die Frist beginnt. Bei einer körperlich fortdauernden Störung kann nur die Begründung des störenden Zustandes als Anfangspunkt in Betracht kommen,[2]) während bei einer Besitzstörung durch vorübergehende Eingriffe die Frist mit jedem einzelnen Eingriff für den durch ihn begründeten Besitzanspruch beginnt, und der Kläger also unter Ignorierung der früheren die letzte störende Handlung zum Klaggrunde nehmen und das Jahr von dieser letzten Handlung an berechnen kann.[3]) In jedem Falle aber beginnt die Frist ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer von der gegen ihn verübten Eigenmacht Kenntnis erlangt hat oder nicht.[4])

Berufung auf dingliche oder obligatorische Rechte.

Daß der Beklagte gegenüber dem Besitzstörungsanspruch des Klägers grundsätzlich nicht „ein Recht[5]) zur Vornahme der störenden Handlung geltend machen" kann, wird im § 863 BGB. zum Ausdruck gebracht. Das Gesetz spricht diese allgemein anerkannte Regel, welche dem römischen und gemeinen Rechte durchaus entspricht, aber nicht unmittelbar, sondern dadurch aus, daß es die einzige Ausnahme[6]) von der Regel bezeichnet:

---

[1]) also nur eine Einrede geltend machen kann.

[2]) Völlig sinnlos wäre es, bei der Klage auf Beseitigung eines störenden Zustandes das Jahr von dessen Ende an rechnen zu wollen. Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 719.

[3]) Vgl. Planck a. a. O. S. 53, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 719.

[4]) So Strohal a. a. O. S. 118, Planck a. a. O. S. 53, Matthiaß a. a. O. S. 14. Offenbar auch Neumann Hdausgb. S. 581, A. M. Biermann a. a. O. S. 27, welcher meint, daß bei einer bloß wörtlichen Bedrohung des Besitzes die Eigenmacht erst mit der Kenntnis des Besitzers hiervon verübt sei. Denn erst dann trete die Beunruhigung des Besitzers ein, derjenige Zustand, „der fortwirkend den Besitz beeinträchtige." Demgegenüber ist mit Planck a. a. O. S. 53 darauf hinzuweisen, daß die Entscheidung der Frage, ob bei Verbalstörungen eine solche Ausnahme zu machen sei, praktisch ohne Bedeutung ist, da eine nicht binnen Jahresfrist ausgeführte Drohung an sich zur Begründung des Besitzanspruchs nach § 862 Abs. 1 Satz 2 ungeeignet ist.

[5]) Und zwar dingliches wie obligatorisches. Vgl. Strohal a. a. O. S. 41.

[6]) Darüber, daß diese „Ausnahme" in Wahrheit auch nur eine scheinbare ist, vergl. Planck a. a. O. S. 52 unten sub. 2, „denn der Kläger wird dann nicht abgewiesen, weil der Beklagte ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung hat, sondern deshalb, weil der an sich geschehene Eingriff in fremden Besitz nicht verbotene Eigenmacht ist, also überhaupt die Voraussetzung des § 862 fehlt." So Engelmann a. a. O. S. 489.

„Gegenüber den . . . im § 862 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht . . . zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die . . . Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei."

Gemäß § 858 BGB. gilt aber eine formale Störung nur in zwei Fällen nicht als verbotene Eigenmacht, nämlich wenn

1. entweder die Einwilligung des Besitzers vorlag,
2. oder wenn das Gesetz die Störung ohne weiteres gestattet.

Die Einwilligung des Besitzers schließt also — ebenso wie im römischen und gemeinen Recht — die Widerrechtlichkeit der Störung aus; nur ein Eingriff in den Besitz ohne den Willen[1]) des Besitzers stellt sich als verbotene Eigenmacht dar. Dabei ist entscheidend, ob die Erlaubnis des Besitzers im Augenblick des Eingriffs vorlag; war sie zunächst erteilt, nachträglich aber wieder zurückgezogen, so ist die nunmehr erfolgte Störung verbotene Eigenmacht.[2]) Irrtümliche Annahme der Zustimmung, auch wenn sie entschuldbar ist, ist bedeutungslos; lediglich die Feststellung der objektiven Tatsache, daß der Störer ohne den Willen des Besitzers handelte, genügt, um den Eingriff als verbotene Eigenmacht erscheinen zu lassen.[3]) Diese durchaus herrschende Ansicht, findet ihre Bestätigung in mehreren Ent-

---

[1]) Ohne den Willen des Besitzers erfolgt aber die Störung nicht nur, wenn er ihr widerspricht, sondern schon dann, wenn er ihr nicht zustimmt, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß die Zustimmung auch stillschweigend erklärt werden kann. Vgl. Planck a. a. O. S. 43, Biermann a. a. O. S. 16.

[2]) Event. muß hier unterschieden werden, ob der Störer vor der Zurücknahme seinerseits bereits in einen Besitzstand eingetreten war, oder nicht. Im letzteren Fall ist stets die Klage begründet, im ersteren schützt den Störer sein Besitzstand, nicht sein Recht. Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 721.

[3]) So die gem. Meinung, vergl. Neumann Hdausgb. S. 575, 576, Matthiaß a. a. O. S. 13, Biermann a. a. O. S. 16, Dernburg Sachenrecht S. 67 No. 7, Strohal a. a. O. S. 49, Endemann a. a. O. S. 227/8, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 721, Planck a. a. O. S. 43, 44, Staudinger a. a. O. Bd. III S. 31, A. M. Bunsen a. a. O. S. 71 ff. Anm. 1 das. 76, 77. Nach B. wird die verbotene Eigenmacht nicht nur durch die wirklich vorhandene Zustimmung des Besitzers ausgeschlossen, sondern auch dann, „wenn der Handelnde aus dem Verhalten des Besitzers auf solche Zustimmung rechnen durfte."

Dieser Meinung ist nicht beizupflichten, denn der Besitzer muß auf jeden Fall Beseitigung der Störung bezw. Unterlassung weiterer Störungen verlangen können, wenn objektiv verbotene Eigenmacht vorliegt, und diese Forderung erscheint auch dem gutgläubigen Störer — i. d. S. — gegenüber nicht unbillig, zumal er ja vor Strafe oder Schadensersatz in Ermangelung schuldhafter Störung befreit ist. Grade die knappe, objektive Fassung der Voraussetzungen aber verbürgt den erforderlichen wirkungsvollen Besitzschutz.

scheidungen des Reichsgerichts, unter anderen in einer besonders charakteristischen vom 3. Mai 1904,[1]) wo es heißt:

„Im allgemeinen wird man anerkennen können, daß wenn der Besitzentzieher — und in Analogie natürlich auch der Besitzstörer — sich auf eine solche vorherige (sc. einwilligende) Erklärung des . . . Besitzers berufen kann, er in Anbetracht der zunächst anzunehmenden Kontinuität des Willens des Besitzers seinesteils ausreichenden Beweis dafür geliefert habe, daß der . . . Besitzer im Augenblicke der Besitzentziehung — bezw. Besitzstörung — mit dieser einverstanden gewesen sei. Für die Frage der Eigenmacht kommt es aber . . . lediglich auf den objektiven Bestand an, d. h. darauf, ob die Besitzentziehung oder Störung mit oder ohne Willen des . . . Besitzers erfolgt ist. (Vgl. Prot. z. BGB. III S. 36) Der gute Glaube des Besitzstörers oder Besitzentziehers ist ohne Bedeutung. Auch wenn er gutgläubig der Meinung gewesen ist, er dürfe den Besitz entziehen (bezw. stören), weil der . . . Besitzer damit einverstanden sei, so ändert das am Tatbestande der verbotenen Eigenmacht nichts, wenn die Besitzentziehung oder Störung erkennbar (tatsächlich) ohne Willen des . . . Besitzers geschehen ist."

Ferner wird in einer Entscheidung vom 7. Februar 1908[2]) ausgeführt:

„. . . selbst wenn der Störer guten Glaubens das Einverständnis des . . . Besitzers angenommen hätte, würde . . an dem Vorhandensein der verbotenen Eigenmacht nichts geändert werden."

Gestattung der Störung durch Gesetz.

Außer der Einwilligung des Besitzers nannten wir als zweiten möglichen Ausnahmefall, der das eigenmächtige Handeln nicht als verbotenes erscheinen läßt, gemäß § 858 den, daß das „Gesetz die Störung gestattet". Unter „Gesetz" kann hier nach Art. 2 E. G. BGB. „jede Rechtsnorm" privatrechtlicher wie öffentlichrechtlicher Art verstanden werden, insbesondere natürlich das BGB. selbst.

Wo also dem Handelnden auf Grund allgemeiner Rechtsvorschriften[3]) ausdrücklich eine Befugnis zum Handeln eingeräumt

---

[1]) S. A. LX 9 abgedr. Jur.-Woch. 1904 (33. Jhrg.) S. 361.

[2]) Vgl. Soergel Rechtspr. 1908 (9. Jahrg.) S. 313.

[3]) Ein bloß vertragsmäßig eingeräumtes Recht zur Vornahme der Störung steht niemals einer solchen Gestattung durch das Gesetz gleich. Vgl. Planck a. a. O. S. 44, Endemann a. a. O. S. 231, ferner Entsch. d. OLG. zu Dresden vom 28. IV. 09 abgedruckt b. Soergel Rechtspr. 1906 (7. Jhrg.) S. 265:

„. . . Auch die Bezugnahme auf ein an dem entzogenen Gegenstande zustehendes Eigentumsrecht reicht an sich zur Abwendung des Schutz-

ist, da entfällt der Begriff der Störung. In Betracht kommen hier die — auch im römischen und gemeinen Recht in diesem Zusammenhange hervorgehobenen — Fälle der Selbstverteidigung und Selbsthilfe (§§ 227 ff., 859, 904, 910, 962 BGB. sowie zahlreiche andere).[1]) Notwendig ist dabei aber, daß das „Gesetz" die Störung unmittelbar gestattet. Deshalb kann es zweifelhaft sein, ob auch eine Vorschrift, die jemandem das Recht gibt, eine Sache „in Besitz zu nehmen", in allen Fällen diesen Sinn hat. Bezüglich des sogen. Perklusionsrechts des Vermieters (§ 561 Abs. I BGB.) herrscht Einstimmigkeit[2]) darüber, daß hier eine solche gesetzliche Gestattung der verbotenen Eigenmacht vorliegt und vorliegen muß, da sonst die in dem erwähnten Paragraphen dem Vermieter eingeräumte Befugnis praktisch völlig bedeutungslos wäre. Streitig ist es jedoch, ob auch das Recht des Ehemanns nach § 1373, „die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen", ferner das Recht des Testamentsvollstreckers nach § 2205, „den Nachlaß in Besitz zu nehmen", eine solche Gestattung der Störung seitens des Gesetzes enthält, oder dem Ehemanne bezw. Testamentsvollstrecker nur ein Recht auf Einräumung des Besitzes gewährt, welches nur im Wege der Klage, nicht der Selbsthilfe geltend gemacht werden kann. Neumann,[3]) Staudinger[4]) und Gaertner[5]) halten dies letztere für richtig und meinen, daß in diesen Fällen vom Gesetz keine Gestattung zur Verübung verbotener Eigenmacht ausgesprochen sei, während Planck,[6]) Matthiaß,[7]) Bunsen,[8]) Strohal[9]) und Buhl[10]) in den genannten Paragraphen immer oder doch wenigstens unter Umständen eine Gestattung der Störung erblicken und damit annehmen, daß der Handelnde keine Besitzstörung im technischen Sinne begehe, wenn er einen Eingriff in den fr. Besitz verübe.

---

anspruchs des § 861 nicht aus, vielmehr müssen daneben noch besondere Umstände vorhanden sein, die wie z. B. im Falle der erlaubten Selbsthilfe oder eines Notstandes nach §§ 229, 859, 904 BGB. die eigenmächtig herbeigeführte Veränderung des Besitzstandes kraft gesetzlicher Anordnung als zulässig erscheinen lassen."

[1]) So beispielsweise die Fälle der landesgesetzlich zugelassenen Privatpfändung (EG. Art. 89), ferner § 561 Abs. I BGB. (Perklusionsrecht) u. § 866, s. darüber Windscheid-Kipp a. a. O. S. 721.

[2]) Vgl. Biermann a. a. O. S. 16, Planck a. a. O. S. 44, Neumann Hdausgb. S. 575, Matthiaß a. a. O. S. 13 Anm. 5, Buhl a. a. O. S. 33, Endemann a. a. O. S. 231 Anm. 23.

[3]) Vgl. Neumann Hdausgb. S. 575.
[4]) Vgl. Staudinger a. a. O. Bd. IV S. 193, Bd. V S. 523.
[5]) Vgl. Gaertner a. a. O. S. 166.
[6]) Vgl. Planck a. a. O. S. 44.
[7]) Vgl. Matthiaß a. a. O. S. 13 Anm. 2.
[8]) Vgl. Bunsen a. a. O. S. 72.
[9]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 117.
[10]) Vgl. Buhl a. a O. S 33 ff., unklar Dernburg bürg. Recht Bd. III S. 82.

Man wird sich m. E. der zuletzt erwähnten Auffassung anschließen und sagen müssen, daß in den genannten Fällen eine relative Gestattung des Gesetzes, eine Gestattung bestimmten Personen gegenüber vorliegt. Denjenigen Personen gegenüber, gegen welche sich die Befugnis des „in-Besitz-nehmens" richtet, also der Frau bezw. den Erben gegenüber, ist der Berechtigte (Ehemann, Testamentsvollstrecker) regelmäßig zur eigenmächtigen, nötigenfalls gewaltsamen Inbesitznahme befugt, und kann daher ihnen gegenüber keine verbotene Eigenmacht begehen, während er bei anderen Personen, welche sich etwa im Besitz der fr Sachen befinden, nicht zu gleichem berechtigt ist, sondern den Weg der Klage beschreiten muß.[1])

Berufung auf Art. 191 E. G. BGB. und §§ 1029, 1090 BGB.

Entsprechend der dem Beklagten im römischen und gemeinen Recht gewährten Möglichkeit, sich auf eine quasi possessio bezw. einen ihm zustehenden Rechtsbesitz zu berufen, ist dem Beklagten nach bürgerlichem Recht, — das, wie unten näher darzulegen sein wird, den Begriff des Rechtsbesitzes nicht kennt — gegen den Anspruch wegen Besitzstörung die Geltendmachung des Umstandes gestattet, daß er selbst für die als Störung gerügten Handlungen Schutz nach §§ 1029, 1090 Abs II oder Art. 191 E. G. BGB. genieße.[2])

Rechtskräftige Feststellung eines dingl. Rechts.

Und endlich ist als Verteidigungsmittel des Beklagten im bürgerlichen Recht noch der § 864 Abs. II zu erwähnen, wo ausgeführt wird, daß das Erlöschen des Besitzstörungsanspruchs aus § 862 Abs. I auch dann eintritt, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann. In diesem Falle, der gegenüber dem römischen und gemeinen Recht etwas völlig Neues bedeutet, ist wirklich eine Ausnahmebestimmung von der Regel des § 863 getroffen und eine petitorische Einrede zugelassen, oder vielmehr ein petitorischer Einwand, denn der Anspruch geht

---

[1]) Dabei ist stets Einigkeit beider Teile darüber vorausgesetzt, daß die in Betracht kommenden Sachen überhaupt zum eingebr. Gut bezw. zum Nachlaß gehören. Im Falle eines Streites darüber, ob dies überhaupt der Fall sei oder nicht, kann auch der Ehemann bezw Testamentsvollstrecker die betr. Sachen nicht ohne Willen des bisherigen Besitzers in Besitz nehmen, ohne sich verbotene Eigenmacht schuldig zu machen.

[2]) Vgl. Planck a. a. O. S. 53, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 720. Darüber, daß in den §§ 1029, 1090 nicht der Begriff des Rechtsbesitzes aufgestellt, sondern lediglich ein dem Besitzschutz analoger Schutz gewährt werden soll, vgl. weiter unten S. 92 d. Abhdlg.

mit der Rechtskraft des Urteils, durch welches das Recht des Täters festgestellt ist, überhaupt unter, und es bedarf keiner besonderen Geltendmachung dieser Tatsachen durch den Beklagten.

Durch diese Vorschrift soll „der unnötige Umweg vermieden werden, daß der possessorischen Restitution alsbald eine dem materiellen Rechte entsprechende Restitution nachfolgt".[1]) Das von dem Beklagten erstrittene Recht, vermöge dessen er den Besitz des Klägers ungehindert stören darf, muß nach dem Wortlaute des Gesetzes ein Recht an der Sache, also nach der feststehenden Terminologie des BGB. ein dingliches Recht sein. Eine Anzahl von Schriftstellern[2]) ist nun der Ansicht, daß hier eine Ungenauigkeit des Ausdrucks vorliegt, und daß aus inneren Gründen auch die Feststellung eines obligatorischen Anspruchs auf Gestattung der besitzstörenden Handlung hierunter verstanden werden muß. Nicht mit Recht, wie mir scheint. Mag für eine derartige Ausdehnung der Vorschrift auf obligatorische Ansprüche de lege ferenda manches geltend gemacht werden können, de lege lata und angesichts so klarer Vorschrift des Gesetzes wird man sie mit der herrschenden Ansicht[3]) für unzulässig halten müssen, zumal eine Ausdehnung durch Analogie bei ausdrücklichem gegenteiligen Wortlaut des Gesetzes — speziell im Gebiete des starren Sachenrechts — nicht statthaft erscheint.[4])

Damit sind die negativen Voraussetzungen der Klage aus § 862, die Verteidigungsmittel des Beklagten nach bürgerlichem Recht, erschöpft, und wir kommen nun zu der abschließenden Zusammenfassung über die Besitzstörung nach BGB.

§ 20.

Zusammenfassende Definition der „Besitzstörung" nach BGB.

Eine Definition des Begriffs „Besitzstörung" nach bürgerlichem Recht kann nach dem Vorstehenden (ebenso wie im römischen und im gemeinen Recht) nicht in wenigen Worten, sondern

---

[1]) Vgl. Planck a. a. O. S. 54, Mot. Bd. III S. 131.

[2]) Vgl Biermann a. a. O. S. 28, Strohal a. a O. S. 120, Endemann a. a. O. S. 232 Anm. 28, Turnau-Förster Bd. II S. 66, Bendix a. a. O. S. 73 Anm. 13, zweifelnd Neumann Hdausgb. S. 581.

[3]) Vgl. Planck a. a. O. S. 54, Engelmann a. a. O. S. 490, Cosack a. a. O. S. 190, Bunsen a. a. O. S. 77 Anm. 5, Maenner a a. O. S. 109 Anm. 46, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 721, Buhl a. a. O. S. 35, Gaertner a. a. O. S. 190, Staudinger a. a. O. Bd. III S. 45, offenbar auch Matthiaß a. a. O. S. 14.

[4]) In Fällen, wo event. ein nicht befriedigendes Resultat zu Tage tritt (wie z. B. bei Miete und Pacht) kann die exc. doli aus § 226 zur Aushilfe in Frage kommen. Vgl. Staudinger a. a. O. Bd. III S. 45.

seiner komplizierten Natur nach nur in einer etwas breiteren Umschreibung gegeben werden. Wir dürfen sagen:

Besitzstörung[1]) im Sinne des § 862 BGB. liegt vor

1. bei jedem gegen den Willen des Besitzers erfolgten Eingriff in die fremde Besitzsphäre, welcher entweder noch fortwirkend den Besitz beeinträchtigt, oder sich vermutlich wiederholen wird;
2. bei Äußerungen oder Veranstaltungen des Gegners, welche einen Eingriff in die fremde Machtsphäre objektiv mit Sicherheit erwarten lassen,

es sei denn, daß

a) das Gesetz den Eingriff in fremden Besitz gestattet, oder
b) die Einwilligung des Besitzers im Momente der Beeinträchtigung vorliegt, oder
c) der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz im letzten Jahre vor dem Eingriff bezw. den Äußerungen pp. des Störers erlangt worden ist, oder
d) der Störer selbst für die als Störung gerügten Handlungen Besitzschutz nach §§ 1029, 1090 Abs. II oder Art. 191 E. G. BGB. genießt, oder
e) seit dem Eingriff bezw. seit den fr. Äußerungen pp. bereits ein Jahr verstrichen ist, oder daß endlich
f) nach geschehenem Eingriff bezw. nach geschehenen Äußerungen pp. ein dingliches Recht des Störers rechtskräftig festgestellt wird, vermöge dessen derselbe die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann.

Damit ist der Begriff der Besitzstörung nach BGB. erschöpft. Weder ist nötig, daß der Störer sich selber Besitz anmaßt oder den Besitz des Gestörten bestreitet, noch daß er die Absicht der Störung oder ein Verschulden dabei gehabt haben muß, und völlig belanglos ist es, ob der Eingriff in fremden Besitz auf einer positiven Handlung des Störers beruht, oder durch eine beeinträchtigende Anlage und dauernde Vorrichtung bewirkt wird.

§ 21.

Vergleich der in den drei Rechten gewonnenen Resultate.

Bei einer vergleichenden Gegenüberstellung der in den drei Rechten gefundenen Resultate zeigt sich, daß die Begriffe der vis im Sinne des i. u. p., der Besitzstörung im Sinne des p. o. und der Besitzstörung im Sinne des § 862 BGB. nicht

[1]) Vgl. Staudinger a. a. O. Bd. III S. 31.

völlig identisch sind, wohl aber — wie es der Entwicklung entprechend auch natürlich ist — im wesentlichen miteinander übereinstimmen; denn alle drei Rechte, das römische sowohl wie das gemeine und bürgerliche, stehen nach der vorstehenden Darstellung auf dem Standpunkte des objektiven Eingriffsprinzips. Die Abweichungen des einen Rechts gegenüber dem andern aber spielen unter diesem Gesichtspunkte — so wichtig sie im übrigen sein mögen[1]) — nur eine untergeordnete Rolle. Nicht ein alind, einen unüberbrückbaren Gegensatz, bedeutet die Besitzstörung des gemeinrechtlichen p. o. (trotz ihrer Abweichungen) von der vis des römischen Rechts, sondern ein plus, eine höhere Entwicklungsstufe, während die Besitzstörung des § 862 BGB., die den gemeinrechtlichen Begriff von den letzten Schlacken befreit und ihn noch folgerichtiger zur Geltung gebracht hat, wiederum einen Fortschritt gegenüber dem gemeinen Recht bringt, und den Abschluß der ganzen Entwicklung bildet.[2])

§ 22.

Anhang: Die Besitzstörung beim sogen. Rechtsbesitz.

Römisches Recht.

In dem bisherigen Teil dieser Abhandlung ist bei dem Worte „Besitzstörung" stets an eine Störung des Sachbesitzes — also der tatsächlichen Herrschaft des Willens über eine Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen — gedacht worden. Neben diesem Sachbesitz finden wir jedoch bereits im römischen Recht den Begriff des Rechtsbesitzes, der sogen. juris quasi possessio, oder, wie Dernburg[3]) sagt, des Servitutenbesitzes.

Es bedarf der Untersuchung, ob der von uns aufgestellte Begriff der Besitzstörung beim Rechtsbesitz eine Änderung erfährt. Dabei ist zunächst zu sagen, daß der Ausdruck „Rechtsbesitz" wenig günstig gewählt ist insofern, als er die Gefahr in sich schließt, „daß dabei an den Gegenstand des Besitzes gedacht und beim Rechtsbesitz also nicht sowohl die Sache als das Recht an ihr für besessen angesehen werde, wie wenn die Verschiedenheit zwischen beiden eben im Gegenstand des Besitzes zu suchen sei". Eine solche Auffassung ist allerdings

[1]) Vgl Regelsberger a. a. O. S. 36 ff.

[2]) Vgl. Staudinger a. a. O. Bd. III S. 31, Regelsberger a. a. O. S. 19, 35. Praktisch ist der Umstand, daß der „Begriff der Besitzstörung dem bisherigen Rechte entnommen ist" (so Biermann a. a. O S. 23), insofern von Bedeutung, als das Entscheidungsmaterial meist dasselbe bleibt. Vgl. Regelsberger a. a O. S. 39.

[3]) Vgl. Dernburg Pand. I § 190 S. 441 mit der Begründung: „denn nur was die Form einer Servitut hatte, galt in Rom als Rechtsbesitz."

Im übrigen vgl. Windscheid-Kipp Bd. I § 151 S 661, Bruns Bes. i. Mitt. S. 77.

nicht nur von einigen späteren Juristen, sondern sogar von einem Teil der römischen Rechtsgelehrten vertreten worden. Sie kann jedoch als zutreffend nicht anerkannt werden. Vielmehr ist „in Wahrheit der Gegenstand des Rechtsbesitzes kein anderer als der des Sachbesitzes, nämlich bei beiden die Sache selbst“,[1]) und wenn wir den Sachbesitz die tatsächliche Herrschaft des Willens in der Gesamtheit ihrer Beziehungen nennen dürfen, so können wir vom Rechtsbesitz sprechen, wenn die tatsächliche Willensherrschaft die Sache nur in dieser oder jener einzelnen ihrer Beziehungen erfaßt.[2])

Schon hieraus dürfte sich ergeben, daß der Begriff der Störung beim Rechtsbesitz im römischen Recht keine Änderung erfahren kann, denn wenn der Gegenstand des Besitzes in beiden Fällen des Besitzes der gleiche ist und gewissermaßen nur ein quantitativer Unterschied besteht, so folgt daraus, daß der Sachbesitzer nur „auf eben die Weise gestört werden kann“,[3]) wie der sogen. quasi possessor juris. Im einzelnen ist aber noch folgendes zu bemerken:

1. Bei den persönlichen Servituten, bei welchen der Rechtsbesitz mit der Detention der Sache selbst verbunden ist, finden diesem Verhältnisse entsprechend die Grundsätze über Störung des Sachbesitzes unmittelbare Anwendung.[4]) Dem Quasipossessor einer Personalservitut, dem Usufruktuar etc., steht also zu seinem Schutze das interdictum uti possidetis zu;[5]) und da ist es natürlich

[1]) Vgl. Wendt Pand. S. 312, ferner Baron Pand. S. 290: „nicht das Recht wird besessen; richtiger spräche man von der tatsächlichen Beherrschung einer körperlichen Sache in einzelnen Beziehungen, von dem tatsächlichen Bestehen eines Zustandes, welcher, wenn er rechtlich anerkannt wäre, ein Recht bilden würde.“

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp § 163, Wendt Pand. § 102 S. 287, Bruns Bes. i. M. S. 477, Savigny a. a. O. § 12 S. 190, Hüttenhain a. a. O. S. 12 ff., 15, Endemann a. a. O. S. 144, Wächter Pand. II § 129 S. 101. Die hier vertretene Auffassung ist nicht unbestritten. Vgl. Meischeider a. a. O. § 84 S. 384.

[3]) Vgl. Savigny R. d. B. S. 192 u. 472, Zielonacki a. a. O. S. 244.

[4]) Vgl. l 4 D. 43, 17:

. . . In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum (sc. uti poss.) reddendum: et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum et si usus fructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

[5]) Vgl. Hedemann a. a O. S. 108 ff., 112, 114, 116, Hüttenhain a. a O. S. 17, Dernburg Pand. I § 190 S. 441, § 257 S. 626 unter 1, Seuffert Pand. Bd. II § 416 S 397, Windscheid-Kipp § 164 S. 744 unter 1. Bruns Bes. i. Mitt. S. 86, Zilonacki a. a. O. S. 244/5, Wächter Pand, § 161 S. 258. Folgende Rechtslehrer: Ubbelobde b. Glück Bd. I S. 283, Wendt Pand. S. 314, Rudorff Ztschr. Bd XI S. 340 ff., wollen bereits im klassischen Rechte ein i. u. p. utile angewandt wissen gem Vat. fragm. 90 (Venuleius): . . . interdictum uti possidetis utile hoc nomine (sc. usus-fructus) proponitur, wodurch der Begriff der vis natürlich keine Änderung erfährt, sondern nur die Formel des Interdikts einen etwas anderen Wortlaut gehabt hat. Vgl. Schader a. a. O. S. 70 oben.

völlig klar, daß die vis hier keine andere sein kann, als die oben beim Sachbesitz entwickelte.

2. Bei den Realservituten ist zwischen denjenigen, deren quasi possessio sich in einer Veranstaltung an dem praedium dominans äußert und deshalb nur eine Qualität des an letzterem stattfindenden Besitzes ist,[1]) zu unterscheiden im Gegensatz zu denjenigen Prädialservituten, bei welchem dies nicht der Fall ist.

Bei den ersteren stellt sich notwendigerweise jede Störung des Quasibesitzes der Servitut zugleich dar als eine Störung des Besitzes der Sache selbst, und begründet deswegen unmittelbar unser i. u. p. als taugliches Rechtsmittel,[2]) wobei dann der Begriff der vis selbstverständlich derselbe bleibt, wie oben dargestellt.

Anders ist es bei den übrigen Fällen des Rechtsbesitzes im römischen Recht, bei denjenigen Servituten, welche nicht „in superficie consistunt", sondern welche bloß durch unzusammenhängende intermittierende Handlungen ausgeübt werden (wie z. B. die Wegegerechtigkeiten). Hier sind vielfach besondere Rechtsmittel zum Schutz derselben ausgebildet worden (so beispielsweise das interd. de itinere actuque privato, das interd. de aqua quotidiana et aestiva, de fonte, de cloacis), welche dem Umstande Rechnung tragen, daß bei derartigen Servituten zwischen Störung und Entsetzung nicht unterschieden werden kann. In diesen Fällen des Rechtsbesitzes kann deswegen von einer Störung desselben im eigentlichen Sinne nicht wohl gesprochen werden,[3]) und es erübrigt sich daher ein Eingehen auf diese mannigfaltigen Interdikte.

Als Ergebnis dieser Untersuchung können wir für das römische Recht den Satz aussprechen, daß der Begriff der Besitzstörung, der vis, wie wir ihn oben entwickelt haben, auch beim Rechtsbesitz, der sogen. juris quasi possessio keine Änderung erfährt. Soweit beim Rechtsbesitz überhaupt eine

---

[1]) Sogen. Servitutes quae in superficie consistunt (vgl. l 20 pr. D. 8,2). Nicht ganz zutreffend ist, mit Savigny und nach ihm Seuffert u. a. anzunehmen, daß als solche alle Urbanalservituten zu nennen sind. Vgl. Zielonacki a. a. O. S. 248 ff.

[2]) Vgl. Dernburg Pand. I § 257 S. 628 unter 3, Wendt Pand. S. 314 unter b, Windscheid-Kipp § 164 S. 744 unter 2, Hedemann a. a. O. S. 134 ff., 145 A. 122, Hüttenhain a. a. O. S. 18, Bruns Bes. i. Mitt. S. 89, Wächter Pand. S. 258 B I, Savigny a. a. O. S. 496 ff., Seuffert Pand. II § 417 S. 398, Rudorff Ztschr. S. 349 ff, ferner in Savignys R. d. Bes. S. 717 Anm. 170 A. M.: Vangerow Bd. I § 355 Anm. 2 No 2 b. c., widerlegt von Hedemann a. a. O. S. 145 A. 122.

[3]) Vgl. Bruns Bes. i. Mitt. S. 88 zu 1. „. . . Ihre (d. h. der Wege- und Wasserservituteninterdikte) Eigentümlichkeit besteht darin, daß bei ihnen nicht zwischen Störung und Entziehung des Besitzes unterschieden ist." Ferner Wächter Pand. II § 161 S. 259, Wendt Pand. § 111 S. 315, Hedemann a. a. O. S. 171.

Besitzstörung vorkommt und vorkommen kann, deckt sich ihr Begriff durchaus mit dem oben von uns für den Sachbesitz festgestellten.[1])

Gemeines Recht.

Im gemeinen Recht wurde der Rechtsbesitz unter dem Einfluß des kanonischen Rechts außerordentlich über die engen Grenzen ausgedehnt, welche er im römischen Recht innegehabt hatte.[2]) Man nahm einen Rechtsbesitz an bei allen kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten über Klöster, Kirchen, Gemeinden, bei kirchlichen Ämtern und Würden und den damit verbundenen Benefizien und Pfründen, bei Ehrenrechten, Patronaten und anderen bei der Besetzung der Ämter vorkommenden Rechte, sowie bei Zehnten und sonstigen Reallasten; ja wir finden einen Rechtsbesitz sogar angenommen bei dem gegenseitigen Rechte der Ehegatten.[3])

Wir sehen, dieser Rechtsbesitz des gemeinen Rechts beschränkte sich keineswegs mehr auf körperliche Objekte; es war damit in den Begriff und den Schutz des Rechtsbesitzes sehr vieles hineingezogen, was mit Besitz und Sachnutzung sich überhaupt nicht mehr berührte.

Geschützt wurde dieser Rechtsbesitz analog dem Sachbesitze gegen Entziehung und Störung. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Arten der Verletzung war bei einem so ausgedehnten Rechtsbesitz des gemeinen Rechts in vielen Fällen eine außerordentlich schwierige, und deswegen häufig Gegenstand der lebhaften Kontroversen.[4]) Jedenfalls aber diente als Rechts-

---

[1]) Auf die zahlreichen bei der juris quasi possessio und ihrem Schutze auftauchenden Kontroversen ist hier absichtlich nicht eingegangen, da sie die hier allein interessierende Frage, ob der Begriff der vom Prätor als Besitzstörung verbotenen vis beim Besitz von Servituten eine Änderung erleidet, ohne Bedeutung sind.

[2]) Was nach Kuhlenbeck a. a. O. S. 475 in Verbindung mit dem schleichenden Prozeßverfahren zur größten Versumpfung des Rechts führen mußte.

[3]) Vgl. Bruns Bes. i. Mitt. § 24 S. 185, § 34 S. 276 ff., § 44 S. 383 ff. und § 45 S. 407, Wendt Pand. S. 315/6, Hüttenhain a. a. O. S. 19. Endemann a. a. O. S. 145, Dernburg Pand. I § 191 S. 442, Regelsberger a. a. O. § 9 S. 17 und 18, Meischeider a. a. O. § 91 S. 410 ff., § 92 S. 414 ff. ferner Pfeifer Bd. VII (zahlreiche Quasibesitzentscheidungen) S. A. I 60, VII 43, XIII 32, XVI 175, XIX 151; streitig blieb, ob auch an Forderungsrechten Besitz möglich sei. Vgl. dazu S. A. XXXVII 96 und XXXVII 191; auch Bruns Bes. i. Mitt. S. 277, Schader a. a. O. S. 70 ff.

[4]) Vgl. Meischeider a. a. O. S. 422. Absichtlich wird es wieder vermieden, auf diese Streitpunkte einzugehen, da es sich hier nur darum handelt, festzustellen, daß der Begriff der Besitzstörung auch für den gemeinrechtlichen Rechtsbesitz keine Änderung erfährt. Bemerken will ich nur, daß m. E. auch im gem. Recht eine Störung des Rechtsbesitzes im Gegensatz zu einer Entziehung derselben nur denkbar ist, wo derselbe sich mit Sachnutzung berührt, also sich auf körperliche Objekte beschränkt.

mittel gegen Störung generell das possessorium ordinarium.[1]) Und da dessen Voraussetzungen selbstverständlich hier genau die gleichen sind, wie wir sie oben kennen gelernt haben, so bleibt also auch der Begriff der Besitzstörung im gemeinen Recht für den Rechtsbesitz genau der gleiche wie für den Sachbesitz.

Bürgerliches Recht.

Im bürgerlichen Gesetzbuch endlich ist der Begriff des Rechtsbesitzes mit vollem Bewußtsein überhaupt nicht aufgestellt worden;[2]) war doch durch das erweiterte Gebiet des rechtlich geschützten Sachbesitzes die Aufstellung desselben auch in den meisten Fällen überflüssig geworden.[3]) Das BGB. kennt demnach, abgesehen von einer in absehbarer Zeit verschwindenden ganz geringfügigen Ausnahme in der Übergangsbestimmung des Abs. I Art. 191 E. G. BGB.[4]) nur noch einen Sachbesitz, und der Begriff der Besitzstörung ist deshalb nach heutigem Recht ganz untrennbar mit dem Sachbesitz verbunden.

Eine nur scheinbare Abweichung von dem Gesagten bilden die Vorschriften der §§ 1029, 1090 BGB., wonach bei Störungen in der Ausübung von eingetragenen Grunddienstbarkeiten und persönlichen Dienstbarkeiten unter gewissen Voraussetzungen die

---

[1]) Vgl. Dernburg Pand. I § 257 S. 629, Windscheid-Kipp § 164, Bruns Bes. i. Mitt. §§ 26 (S. 204), 29 (S. 243), 44 (S. 384), 45 (S. 408) Meischeider a. a. O. § 92, S. 422.

[2]) Vgl. Mot. Bd. III S. 125/6, 477, Denkschrift S. 109, Windscheid-Kipp Pand. I S. 747, Planck a. a. O. S. 29 unter 5, ferner Vorbemerkungen und Anm. 1 zu § 1029, Staudinger Bd. III S. 19, Biermann a. a. O. S. 4 unter 2, Engelmann a. a. O. S. 483, Cosack a. a. O. § 185, Hüttenhain a. a. O. S. 24, Endemann a. a. O. S. 146, ferner Rechtspr. OLG. Bd. X S. 111 u. Bd. V S. 125.

[3]) Nießbraucher, Mieter, Pächter, Erbbauberechtigter (bei denen das spätere gemeine Recht Rechtsbesitz annahm) sind Sachbesitzer geworden, und nicht nur besitzt der Besitzer eines Gebäudes mit diesem den in des Nachbars Luftsäule ragenden Bauteil, sondern auch an dem Gebäude oder der sonstigen Anlage auf fremden Grund und Boden findet nach § 837 BGB. Sachbesitz statt. cf. § 865 BGB Der „Erbschaftsbesitzer" (§ 2018 BGB.) ist Sachbesitzer.

[4]) Abs. I Art. 191 EG. BGB lautet: „Die bisherigen Gesetze über den Schutz im Besitz einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit finden auch nach dem Inkrafttreten des BGB. Anwendung, bis das Grundbuch für das belastete Grundstück als angelegt anzusehen ist."

Damit ist also ein auf Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten beschränkter Rechtsbesitz bis zu dem genannten Zeitpunkt auch nach BGB. anerkannt, soweit er nach bisherigem Rechte bestand. Verschiedene Landesgesetze haben indessen angeordnet, daß auch bis zu dem Zeitpunkte, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nicht EG. Art. 191 Abs. 1 sondern nur Abs. II (s. d.) gelten soll. So Meckl.-Schw. A. V. § 185.

In den den Landesgesetzen vorbehaltenen Rechtsmaterien wird natürlich ebenfalls der Begriff des Rechtsbesitzes fortexistieren je nach dem Maße, wie ihn die Landesgesetzgebung zuläßt. Vgl. Rechtspr. OLG. Bd. VI S. 255.

Klage aus § 862 BGB. „entsprechende Anwendung“ finden soll. Denn damit ist keineswegs für diese Fälle doch noch der Begriff eines Rechtsbesitzes aufgestellt, sondern es ist lediglich ausgesprochen, daß der Tatbestand der §§ 1029, 1090 BGB. unter Umständen ähnliche Wirkungen haben soll, wie der des § 862, m. a. W., daß nur das zu erlassende Urteil einen ähnlichen Inhalt haben soll. Die Voraussetzungen der §§ 1029, 1090 aber sind im einzelnen durchaus abweichend von denen des § 862 geregelt, und namentlich ist die bei den genannten Dienstbarkeiten in Frage kommende „Störung“ niemals eine „Besitzstörung“ im technischen Sinne des BGB.[1])

Fassen wir nun das Ergebnis dieser Untersuchung über die Störung beim sogen. Rechtsbesitz kurz zusammen, so können wir sagen, daß, soweit überhaupt in den drei Rechten ein Rechtsbesitz und bei diesem eine Besitzstörung vorkommt, die letztere stets denselben Voraussetzungen unterliegt, wie wir sie beim Sachbesitz kennen gelernt haben, mit anderen Worten, daß der Begriff der Besitzstörung ein einheitlicher, für Sachbesitz wie für Rechtsbesitz in gleicher Weise gültiger ist. —

---

[1]) Auf diese Weise könnte man ja übrigens aus § 581 Abs. II BGB. folgern, daß die Pacht eine Miete, oder aus § 515 BGB., daß der Tausch ein Kauf sei, denn auch in diesen Fällen spricht das Gesetz von einer „entsprechenden Anwendung“ der Vorschriften über Miete bezw. Kauf auf Pacht bzw. Tausch.